

Aldersdiskrimineringsvernet i forbindelse med nedbemanning.

Høy alder som utvalgsriterium.

Kandidatnummer: 686

Leveringsfrist: 25.11.2014

Antall ord: 17.835



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Problemstilling og tema.	1
1.2	Avgrensninger.	2
1.3	Aktualitet.....	2
1.4	Rettskildematerialet og rettskildebruk.	4
1.5	Begrepsavklaring.	6
1.5.1	Diskriminering og forskjellsbehandling.	6
1.5.2	Den diskriminerende <i>handlingen</i>	6
1.5.3	Alder.	6
1.5.4	Aldersutvelgelse og pensjonsutvelgelse.	7
1.6	Videre fremstilling.	7
2	SAKLIGHETSNORMEN.	8
2.1	Styringsretten.	8
2.2	Arbeidstakers behov for beskyttelse.	8
2.3	Vern om arbeidstaker. Saklighetsnormens fremvekst.....	9
2.4	Saklighetsnormen ved nedbemanning.	10
2.4.1	Om nedbemanning.....	10
2.4.2	Saklige utvelgelseskriterier.....	11
3	ALDERSDISKRIMINERINGSVERNET.	15
3.1	Bakgrunnslandskapet.	15
3.1.1	Innledning.....	15
3.1.2	Likebehandlingsprinsippet og rettslige forankringer.....	15
3.2	Forholdet mellom de EU rettslige og de norske aldersdiskrimineringsreglene.	16
3.2.1	Aldersdiskrimineringsvernets inntreden i norsk rett.	16
3.2.2	De EU rettslige reglenes betydning.	16
3.3	Alderdiskrimineringsvernets generelle innhold og rekkevidde.	19
3.3.1	Det norske og det EU-rettslige aldersdiskrimineringsforbudet.	19
3.3.2	Lovlig forskjellsbehandling.....	22
4	HØY ALDER SOM UTVALGSKRITERIUM.	26
4.1	Høy alder som moment for å beskytte arbeidstakeren.	26
4.1.1	Ansiennitet.....	26
4.1.2	Høy alder i seg selv og/eller tilknyttet alderssammensetningen.....	27
4.2	Høy alder som moment for å si opp vedkommende.	28

4.2.1	Høy alder i seg selv og/eller tilknyttet alderssammensetningen.....	29
4.2.2	Høy alder tilknyttet arbeidstakers rett på pensjon.	29
4.2.3	Fremmed rettspraksis.....	38
4.2.4	Reelle hensyn.....	44
4.2.5	EU-domstolens praksis	47
4.3	Avveining og konklusjon.	50
5	SAKLIGHETSKRAV OG ET LIKEBEHANDLINGSKRAV? ELLER BARE ETT LIKEBEHANDLINGSKRAV?	52
5.1	Innledning.	52
5.2	Likheter og forskjeller.....	52
5.3	Konklusjon.....	56
6	LITTERATURLISTE.	57
6.1	Lover.	57
6.2	Lovforarbeider.	57
6.3	Norske dommer.....	58
6.4	EU/EØS rettslige kilder.	58
6.5	Avgjørelser fra EU-domstolen.	58
6.6	Juridisk litteratur.	59
6.7	Nordiske rettskilder.....	60
6.8	Avtaler, rapporter og statistikk.....	60
6.9	Trykte kilder.....	61
6.10	Digitale kilder.	61

1 Innledning.

1.1 Problemstilling og tema.

Spørsmålet mitt i oppgaven er hvorvidt *høy alder* kan være lovlig utvalgs-kriterium i forbindelse med nedbemanning og i tilfelle på hvilke vilkår dette er berettiget.

Temaet i oppgaven står med hvert sitt ben i henholdsvis arbeidsmiljølovens diskrimineringsvern på grunnlag av alder og arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler i forbindelse med opphør av arbeidsforholdet ved nedbemanning.¹

Mer konkret befinner problemstillingen seg i skjæringsfeltet mellom reglene for saklig utvel-gelseskriterium, jf. aml. § 15-7, og reglene om aldersdiskrimineringsforbudet, jf. aml. § 13-1, jf. 13-3 (2). Hovedtyngden ligger imidlertid i aldersdiskrimineringsreglene. Spørsmålet om hvorvidt det å la høy alder virke som utvalgs-kriterium er i strid med aldersdiskrimineringsforbudet, må nemlig avgjøres på bakgrunn av aldersdiskrimineringsforbudets innhold og rekke-vidde. Den sentrale vurderingen i oppgaven blir hvorvidt høy alder som utvelgelseskriterium utgjør lovlig forskjellsbehandling, jf. aml. § 13-3 (2).

Sett fra arbeidsgivers ståsted blir dette et spørsmål om hvorvidt og i hvilken utstrekning al-dersdiskrimineringsreglene begrenser arbeidsgivers styringsrett og frihet i sin prioritering mellom de ansatte i forbindelse med nedbemanningsoppsigelser. Oppgaven inntar de *eldre* arbeidstakeres ståsted, og sett fra deres perspektiv blir spørsmålet i hvilken utstrekning norsk rett åpner opp for å la deres høye alder være *styrende* for utvelgelsen i forbindelse med ned-bemanningsoppsigelser. Hovedproblemstillingen brytes ned i to underproblemstillinger.

I hvilken grad kan høy alder utgjøre en beskyttelsesverdig interesse? Her virker høy alder som begrunnelse *for å unnlates* å sies opp. Å være eldre blir dermed noe positivt for arbeidstake-ren. Er dette lovlig forskjellsbehandling sett fra de yngre arbeidstakernes perspektiv? Her vil ansiennitetshensynet behandles. For det andre spørres det om i hvilken utstrekning høy alder kan virke *som begrunnelse for oppsigelse*. Alderdom blir dermed noe negativt for arbeidstake-ren. Er dette lovlig forskjellsbehandling sett fra den eldre arbeidstakerens ståsted? Sistnevnte spørsmål tar for seg to ulike utvelgelseskriterier. Kan høy alder *i seg selv* rettferdiggjøre opp-sigelse av vedkommende? Kan eventuelt kriteriet få større legitimitet om oppsigelsen bygger på hensynset til bedriftens alderssammensetning?

¹ Arbeidsmiljøloven (2005), jf. kapittel 13 og § 15-7 (heretter aml.).

For det andre spørres det om høy alder sammen med arbeidstakerens rett på alderspensjon kan utgjøre lovlig forskjellsbehandling. Dette utvalgs-kriterium utgjør hovedtyngden av oppgavens analyse og vurdering.

1.2 Avgrensninger.

Aldersdiskrimineringsrettslige spørsmål i arbeidslivet kan være knyttet til ansettelsesfasen, under arbeidsforholdets løpetid eller ved opphør av arbeidsforholdet.² Oppgaven behandler aldersdiskriminering i forbindelse med arbeidsforholdets opphør ved oppsigelse i forbindelse med nedbemanning. Aldersgrenser og deres lovlighet som sådan berøres i liten grad.

Det er aldersdiskrimineringsvernets rekkevidde for *eldre* arbeidstakere som analyseres. Yngre arbeidstakeres aldersdiskrimineringsvern trekkes kort inn ved behandlingen av hvorvidt høy alder kan virke som begrunnelse for å unnlates å sies opp.

Direkte og indirekte diskriminering behandles, mens trakassering og instruks faller utenfor. Videre behandles diskrimineringsforbudet og unntaksadgangen. Andre aldersdiskrimineringsvernrettslige regler, som bevisbyrderegler, sanksjonsregler og håndhevingsregler, holdes utenfor. Det samme gjelder aldersdiskrimineringsreglene og arbeidsmiljølovens saklige virkeområde.

1.3 Aktualitet.

Aldersdiskrimineringsvernet kom som følge av behovet for å fremme eldre arbeidstakers yrkesdeltakelse. Årsaken ligger i den demografiske endringen Europa er inne i, gjennom den forventede eldre bølgen. Det skjer en markant befolkningsaldring i EU.³ En tilsvarende bølge er på vei til Norge. Dette byr på utfordringer blant annet i forhold til økt press på offentlige budsjetter og pensjoner.⁴ Aktiv aldring bidrar som en problemløser. Eldre lever lengre og de har bedre helse enn noen gang, slik at de helsemessige forutsetningene for deres yrkesaktivt ligger i bunn. For øvrig ønsker mange eldre å stå i arbeid lengre. ”Rekordmange vil jobbe til de er minst 70 år” lyder overskriften på NRKs nettside per 6. november 2014.⁵ I 2003 var det 7 % som kunne tenke seg å jobbe til 70 år eller lengre, men i 2014 er tallet på 23 %.⁶ Norsk seniorpolitisk barometer 2014 viser imidlertid at arbeidsmarkedet ikke er overbegeistret for

² Aml. § 13-2 (1) a, b, c og d.

³ Europa-kommisjonen (2010) s. 2

⁴ Europa-kommisjonen (2010) s. 2

⁵ NRK (2014a)

⁶ NRK (2014a)

eldre arbeidstakere.⁷ 64 % av lederne som svarte at de har ansatt nye arbeidstakere det siste året (87 %), oppgir at av ingen nye ansatte er over 50 år.⁸ Dette kan bety negative holdninger til eldre arbeidstakere som gruppe. Aldersdiskrimineringsregler er et rettslig virkemiddel for å bekjempe disse holdningene.

Fortsatt står eldres yrkesdeltakelse på den samfunnsmessige dagsorden. I 2012 ble det det europeiske år for aktiv aldring og solidaritet mellom generasjonene gjennomført.⁹ I år ble ny inkluderende arbeidsliv (IA) avtale inngått for perioden 2014-2018. Avtalen er et virkemiddel som bidrar til å øke "... avgangsalderen fra arbeidslivet ... i en tid hvor dette blir stadig mer viktig".¹⁰

De ovenfor nevnte forhold viser at aldersdiskriminering i arbeidslivet fortsatt er et aktuelt tema.

De største selskapene i Norge forventer å nedbemanne i fjerde kvartal 2014.¹¹ Begrepet *omstillingsevne* er blitt et nøkkelbegrep for bedrifter i dag.¹² Omstillinger kan innebære nedbemanninger. I norsk seniorpolitisk barometer fremkommer det riktignok at lederne i tilfelle nedbemanning i stor grad ønsker å beholde "erfarne arbeidstakere".¹³ Imidlertid er "ansatte som har muligheter for å ta ut pensjon" bare er nevnt av 42 % av lederne som ansatte man vil beholde ved en nedbemanning.¹⁴ I det lave tallet kan det være "... noen som mener at en foreliggende pensjoneringsmulighet kan rettferdiggjøre at de eldste av de "eldre" må gå ved en nedbemanning".¹⁵ Dette viser *spesielt* at spørsmålet om "pensjonsberettigelse" som utvalgs-kriterium er et aktuelt tema.

Dette spørsmålet har vært oppe både i Høyesterett, i Arbetsdomstolen i Sverige og i Østre Landsret i Danmark. Høyesterett kom til at utvelgelsen utgjorde lovlig forskjellsbehandling. I Sverige og i Danmark kom de til motsatt resultat. Tatt i betraktning at alle landene bygger på

⁷ Ipsos MMI utfører årlig spørreundersøkelser på oppdrag fra Norsk senter for seniorpolitikk, og resultatene vises i Norsk seniorpolitisk barometer

⁸ Norsk Seniorpolitisk Barometer (17.09.14) s. 28

⁹ SSP (2012)

¹⁰ IA - avtalen (2014) s. 1

¹¹ NHO Service (2014)

¹² NOU 2004:5 s. 18

¹³ Norsk Seniorpolitisk Barometer (17.09.14) s. 33

¹⁴ Norsk Seniorpolitisk Barometer (17.09.14) s. 33

¹⁵ Norsk Seniorpolitisk Barometer (17.09.14) s. 33 og 34

EUs rammedirektiv¹⁶ kan det tyde på at det hersker en viss usikkerhet omkring rettstilstanden for nettopp dette spørsmålet. Dette styrker behovet for analyse og vurdering, og dermed oppgavens aktualitet.

Det er nærmest ikke skrevet juridisk litteratur om skjæringsfeltet aldersdiskriminering og nedbemanning. I lys av temaets aktualitet kan en behandling ha praktisk betydning.

1.4 Rettskildematerialet og rettskildebruk.

Formålet mitt å ta et rettslig standpunkt til hva som er gjeldende norsk rett for ovenfor nevnte problemstilling. Metodisk holder jeg meg innenfor rammene av alminnelig norsk juridisk rettskildelære. Relevante norske rettskilder som oppgaven bygger på er lovtekst, lovforarbeider, norsk høyesterettsrettspraksis, juridisk litteratur og reelle hensyn. Av internasjonale rettskilder har EU- Rådets direktiv 2000/78¹⁷ (heretter rammedirektivet) samt EU-domstolens fortolkninger av direktivet, stor betydning. Direktivet er ikke innlemmet i EØS-avtalen,¹⁸ og Norge er dermed ikke folkerettslig forpliktet til å følge det. Likevel har Norge valgt å gjennomføre direktivet i norsk rett. De spesielle metodehensyn som springer ut av dette behandles i kapittel 3.3. Fremmed rett trekkes inn gjennom to rettsavgjørelser avsagt i henholdsvis Sverige og i Danmark.

Lovteksten for unntaksadgangen til å forskjellsbehandle, jf. aml. § 13-3 (2) er skjønnsmessig. Lovforarbeider får dermed normalt en sentral plass. Det spesielle for aldersdiskrimineringsreglene er imidlertid at de bygger på et EU-direktiv hvor de tilsvarende EU-rettslige aldersdiskrimineringsreglene først gjorde sitt inntog sammen med direktivet. Manglende praksis fra EU-domstolen innebar da at norske lovgivningsmyndigheter ikke hadde andre internasjonale tolkingsmomenter, foruten direktivets forale og tekst, å søke veiledning i. Aldersdiskrimineringsreglenes `råhet` må sies å prege lovforarbeidenes betydning - i hvert fall for unntaksadgangen.

Det foreligger en del høyesterettsavgjørelser vedrørende aldersdiskriminering. Oppgaven berører Kystlink,¹⁹ Gjensidige,²⁰ Helikopterpiloter²¹ og SAS.²² Sistnevnte berører aldersdiskri-

¹⁶ Rådets direktiv 2000/78/EU af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (dansk) – kalt rammedirektivet

¹⁷ Rådets direktiv 2000/78/EU af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (dansk)

¹⁸ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde

¹⁹ Rt.2010 s. 202

²⁰ Rt.2011 s. 964

²¹ Rt.2012 s. 219

mineringsvernets rekkevidde i forbindelse med nedbemanningsoppsigelse og ruver sentralt i oppgavens rettskildemateriale.

Høyesterett konkluderte med at ”rett på pensjon” som utvalgskriterium utgjør lovlig forskjellsbehandling. Den svenske Arbetsdomstolen og den danske Østre Landsrett inntar motsatt standpunkt. De respektive nasjonale aldersdiskrimineringsregler bygger på de samme direktivreglene og EU-domstolens fortolkninger av disse. Dermed blir det rettslig og rettspolitisk interessant at domstolene er kommet til motsatte standpunkter. Oppgaven analyserer og vurderer derfor domspremissene i sakene, og holder de opp mot hverandre. Siktemålet er å få frem likheter og forskjeller for å se *hva* det er ved de ulike dommene som gjør at konklusjonene blir forskjellige.

De nordiske dommene brukes som illustrasjonsmateriale i forbindelse med hensiktsmessighetsvurderingen *og* som rettskildefaktorer. Fremmed rett er en relevant rettskildefaktor,²³ ved at de *kan* virke som argument en tolkingsprosess.²⁴ Hvilken vekt de skal ha er derimot et annet spørsmål.

Endelig drøftes oppgavens problemstilling i lys av praksis fra EU-domstolens prejudisielle avgjørelser. Disse har stor betydning. EU-domstolen har ikke behandlet aldersdiskriminering i forbindelse med en nedbemanningsoppsigelse. Hovedtyngden av sakene gjelder imidlertid aldersdiskriminering ved *opphør av arbeidsforholdet*. Dette gir sakene særlig overføringsverdi for oppgaven, da hensynene stort sett er sammenfallende. Det vurderes hvorvidt praksis tilknyttet andre problemstillinger kan sies å utgjøre et pro eller contra argument.

Det er skrevet veldig mye om saklighetskravet i den alminnelige arbeidsretten, og når det gjelder litteratur omkring aldersdiskrimineringsvernet så er det, gjennomgående aldersgrenseproblematikken som behandles. Dette har gjort det utfordrende å arbeide med deler av oppgaven i det aldersgrenseproblematikk i liten grad behandles her.

Det foreligger et spinkelt materiale av harde rettskilder, og dermed åpnes det i tilsvarende grad opp for reelle hensyn og vurderinger av hvor langt EU-domstolens praksis strekker seg.

²² Rt.2011 s. 609

²³ Eckhoff (2001) s. 285

²⁴ Boe (2012) s. 212

1.5 Begrepsavklaring.

1.5.1 Diskriminering og forskjellsbehandling.

I dagligtale og innenfor samfunnsvitenskapen brukes begrepet diskriminering ofte i en annen og videre betydning enn i juridisk sammenheng.²⁵ Ved gjennomføringen av rammedirektivet i arbeidsmiljøloven av 1977-loven brukte arbeidslivslovutvalget begrepene som synonymer.²⁶

Ved konsekvent å benytte ”forskjellsbehandling” som et begrep som omfatter lovlig forskjellsbehandling og forbeholde ”diskriminering” for tilfeller av ulovlig forskjellsbehandling, så kan dette gjenspeile ordenes naturlige språklige meningsinnhold.²⁷ I oppgaven forsøker jeg å benytte begrepene på tilsvarende måte.

1.5.2 Den diskriminerende *handlingen*.

Med begrepet *forskjellsbehandling* menes alle former for bestemmelser, avtaler, betingelser, praksis, begrunnelser, vedtak osv.²⁸ Diskriminering i arbeidsmiljølovens forstand kan altså fremtre i en lovbestemmelse, gjennom tariffavtaloreguleringer eller individuelle arbeidsavtale-reguleringer, i en praksis, eller i en konkret handling eller unnlattelse.

I oppgaven brukes begrepene ”tiltaket”, ”handlingen mv.”, ”handlingen eller lignende”, ”foranstaltningen” som en fellesbetegnelse. Begrepene brukes om hverandre for å variere språket. Det vil komme tydelig frem der hvor det konkret presiseres hva som utgjør det diskriminerende forhold.

1.5.3 Alder.

Alder er et kjennetegn ved en person. Med *eldre* menes ofte arbeidstakere over fylte 55 år.²⁹ I gjennomsnitt er det alderen 55,4 år som regnes for å være ”eldre”.³⁰

²⁵ NOU 2009:14 s. 39 og Ot.prp. nr 104 (2002-2003) pkt. 8.3.5.2

²⁶ NOU 2003:2 pkt. 2.2

²⁷ Strand (2007) s. 140

²⁸ NOU 2009:14 s. 39

²⁹ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 308

³⁰ Norsk Seniorpolitisk Barometer (17.09.14) s. 8

1.5.4 Aldersutvelgelse og pensjonsutvelgelse.

Begrepet *aldersutvelgelse* brukes om de situasjoner hvor det spørres om *alder i seg selv* som utvelgelseskriterium er lovlig i henhold til aldersdiskrimineringsreglene.

Pensjonsutvelgelse brukes om de situasjoner hvor det spørres om arbeidstakerens *rett på pensjon* som utvelgelseskriterium utgjør lovlig forskjellsbehandling.

1.6 Videre fremstilling.

I kapittel 2 og 3 plasseres oppgavens tema i det rettslige landskap. I førstnevnte berøres kort bakgrunnsbildet for saklighetskravet i den tradisjonelle arbeidsretten. I kapittel 3 gjøres det samme for likebehandlingskravet, om ikke noe mer inngående.

I kapittel 4 foretas en drøftelse av hva gjeldende rett er før det konkluderes. Endelig i kapittel 6 ser jeg på likhetstrekkene mellom saklighetskravet og likebehandlingskravet.

2 Saklighetsnormen.

2.1 Styringsretten.

Arbeidsgivers styringsrett er en grunnleggende arbeidsrettslig norm. Den er ikke hjemlet i lov eller avtale men anerkjent av rettsordenen som en kompetanse for arbeidsgiver.³¹ Styringsretten defineres som "... retten til å lede, fordele og kontrollere arbeidet".³² Det følger av sikker praksis at styringsretten som hovedregel ligger hos arbeidsgiver eller bedriftsledelsen, så fremt det ikke grunnlag for noe annet.³³

Utgangspunktet ved en nedbemaning er klart nok; det er arbeidsgiver som beslutter *hvem som skal sies opp*. Arbeidsgivers kompetanse er imidlertid *i stor grad* begrenset, enten gjennom lov, tariffavtale, individuell avtale eller av mer allmenne saklighetsnormer.³⁴ Stillingsvernbestemmelsen i arbeidsmiljølovens § 15-7 griper inn i styringsretten ved å kreve at arbeidsgiver skal ha "saklig grunn" for å si opp. Aldersdiskrimineringsforbudet begrenser, på samme måte, arbeidsgivers kompetanse til å velge mellom arbeidstakere i en nedbemanningssituasjon.

2.2 Arbeidstakers behov for beskyttelse.

Stillingsvernsreglene, herunder saklighetsnormen, tar sikte på å verne arbeidstaker mot *maktmisbruk og vilkårlighet* fra arbeidsgivers side. Tanken om arbeidstakers særlige behov for beskyttelse bygger på den tradisjonelle oppfatningen om arbeidsgiver som den sterke part og arbeidstaker som den svake part. Arbeidsgivers styrke begrunnes i forestillingen om styringsretten. Kjernen i styringsretten går ut på at arbeidsgiver har *makt* til ensidig å treffe avgjørelser og fastsette bestemmelser med bindende virkning for arbeidstaker.³⁵ Makt gir handlingsfrihet og spillerom på den ene siden, men på den annen side gir det ansvar samtidig overfor den du bestemmer eller i form av et bredere samfunnsansvar.

Montesquieus observerte at "den som har makt, er tilbøyelig til å misbruke den".³⁶ Misbruk er det motsatte av ansvar, og innebærer overgrep og vilkårlighet. I arbeidsrettslig sammenheng blir poenget at vernebestemmelsene balanseres arbeidsgivers makt. Dermed beskyttes den

³¹ *Arbeidsrett – særlig om omstilling i offentlig sektor* (2007) s. 123.

³² Fanebust (2013) s. 110.

³³ Fanebust (2013) s. 111.

³⁴ Fanebust (2013) s. 110.

³⁵ Evju (2010) s. 34 og 35

³⁶ Store norske leksikon (a) (sitert 21.11.14)

underordnede arbeidstakeren mot et vilkårlig arbeidsgiverskjønn. Saklighetsnormen tar sikte på å verne mot vilkårlige oppsigelser.

Med dette kan det trekkes en parallellitet over til forvaltningsretten. Forvaltningen har på tilsvarende måte adgang til å utøve myndighet. Dette gir makt, som på samme måte skaper behov for beskyttelse mot en forvaltning som kan vise seg ikke å ta sitt ansvar, men turer frem som det selv vil. Det ”frie skjønn” begrenses ved lover, forskrifter,³⁷ og ved at forvaltningen aldri kan trekke inn utenforliggende eller usaklige hensyn som begrunnelse for sin avgjørelse eller beslutning, jf. Grl.§ 98.

At et hensyn er ”utenforliggende” i forvaltningsretten, innebærer at det er usaklig. Det samme gjelder for arbeidsgiverskjønnet; de hensyn som kan ligge til grunn for arbeidsgivers prioriteringsmodell ved overtallighet må ligge innenfor den ”utfordriggende grensen”.

2.3 Vern om arbeidstaker. Saklighetsnormens fremvekst.

Behandling av saklighetskravets fremvekst forutsetter samtidig en fremstilling av domstolsprøvelsen i oppsigelsessaker. Parallelt med utviklingen av saklighetskravet har nemlig domstolskontrollen endret seg med hensyn til intensiteten i prøvelsen.³⁸

Prinsippet om saklig oppsigelsesgrunn *er* fortsatt helt sentralt i arbeidsretten, jf. aml. § 15-7. Regelen er arbeidstakers viktigste verneregul og tar sikte på å verne om arbeidstakers stilling.³⁹ Saklighetskravets inntreden kom med arbeidervernloven av 1936.⁴⁰ Forut for dette hadde arbeidsgiver fri oppsigelsesrett, noe som innebar at arbeidsgiver kunne si opp sine arbeidstakere etter eget skjønn uten verken krav om forsvarlig grunnlag eller begrunnelse overhead.⁴¹

Først og fremst tok saklighetskravet sikte på å hindre arbeidsgiver i å trekke inn utenforliggende hensyn som grunn for oppsigelsen. Domstolskontrollen gikk da ut på å prøve faktum og hvorvidt oppsigelsen bygget på utenforliggende hensyn.⁴²

I 1977 loven ble saklighetskravet i forbindelse med nedbemanningsoppsigelser presisert. Regelen slik vi kjenner den i dag i aml. § 15-7 (2) ble vedtatt. Lovgivningsmyndighetene da ut-

³⁷ Eckhoff (2014) s. 361

³⁸ Fougner (2014) s. 109

³⁹ Ot.prp. nr 41 (1975-1976) s 13

⁴⁰ NOU 2004:5 s. 39.

⁴¹ Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s.13 og 14.

⁴² Fougner (2014) s. 109

talte at bestemmelsen ”... tar sikte på å gi *arbeidstakerens interesser* større gjennomslagskraft i forhold til bedriftens økonomiske vurderinger” (min uth.).⁴³ Gjennom rettspraksis spredte rimelighetshensyn seg videre, over til oppsigelser begrunnet arbeidstakers forhold.⁴⁴ I dag er det blitt et alminnelig element i saklighetsvurderingen.⁴⁵

I rettspraksis angis vurderingsnormen som; ”Spørsmålet er om det etter en samlet avveining av begge parter behov, anses rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør”.⁴⁶ I følge Jan Fougner blir resultatet at konkret rimelighet trer i stedet for et saklig behov for oppsigelse fra virksomhetens side.⁴⁷

For domstolskontrollens vedkommende kan det sies tilsvarende at domstolene i dag prøver oppsigelsen fullt ut. Med reservasjon for oppsigelser grunnet i virksomhetens økonomiske forhold. Kjernen i arbeidstakers oppsigelsesvern ved nedbemanning ligger i stedet i kravet om saklig valg.⁴⁸

Saklighetskravet innebærer blant annet at hensynene som anføres som grunnlag for oppsigelsen må holde seg innenfor rammene av *utenforliggende hensyn*. Denne grensen kan arbeidsgiver aldri trå over.

Endelig skal det kort nevnes at saklighetsnormen rommer langt mer enn å verne arbeidstaker mot usaklige hensyn, så som et saksbehandlingselement.⁴⁹

De rettslige virkningene av at det foreligger en usaklig oppsigelse er som hovedregel ugyldighet, jf. aml. § 15-12 (1), og innebærer at ”arbeidstaker fortsetter i stillingen”.⁵⁰

2.4 Saklighetsnormen ved nedbemanning.

2.4.1 Om nedbemanning.

⁴³ Ot.prp. nr 41 (1975-1976) s. 18

⁴⁴ Fougner (2014) s. 110

⁴⁵ Fougner (2014) s. 110

⁴⁶ Rt.2009 s. 685 avsnitt 52, Fougner (2014) s. 110

⁴⁷ Fougner (2014) s. 110

⁴⁸ Fougner (2014) s. 109

⁴⁹ Fougner (2014) s. 108

⁵⁰ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 75.

Arbeidslivet og næringslivet er i stadig endring.⁵¹ Stikkord som ny teknologi, globalisering, større konkurranse om markedsandeler, endrede eierforhold er blant annet bakgrunnen for at ”... evne til omstilling er blitt et nøkkelord for bedriftene og for den enkelte arbeidstaker”.⁵²

Omstillingen kan innebære *behov for å nedbemanne*, dvs. å redusere arbeidsstokken. I slike situasjoner sier vi at bedriften gjennomfører *rasjonaliseringstiltak*, jf. aml. § 15-7 (2). Nedbemanning kan løses gjennom oppsigelser eller gjennom sluttpakkeavtaler.

2.4.2 Saklige utvelgelseskriterier.

Oppsigelser som kommer i forbindelse med nedbemanning vil ha sin direkte årsak i ”virksomhetens forhold”. Saklighetsnormen hjemles i arbeidsmiljølovens § 15-7 (1) og (2) ledd.

Saklighetsnormen kan sies hovedsaklig å bestå av fire elementer.⁵³ Det relevante for oppgaven er kriteriet om at *utvelgelsen* av overtallige arbeidstakerne skal skje på *saklig grunnlag*. Dette følger ikke direkte av lovens ordlyd, men er sikker rett. Grunnlaget må kunne sies å følge i forlengelsen av den generelle saklighetsnormen i aml. § 15-7 første ledd, jf. Rt.1986 s.879.⁵⁴ Spørsmålet som reiser seg er *hvilke utvelgelseskriterier* som kan anses som saklige.

Lovforarbeider og rettspraksis utgjør sentrale rettskilder. Særlig Rt.1986 s. 879 (Hillesland) står sentralt.

Hvorvidt valget mellom arbeidstakerne er bygget på saklige kriterier beror også her på en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle, jf. interesseavveiningen. Vurderingen må gjøres ut fra forholdene på oppsigelsestidspunktet.⁵⁵

Kvalifikasjoner må forstås å omfatte formell kompetanse, relevant yrkeserfaring (reell kompetanse) og personlig egnethet.⁵⁶ Arbeidsgiver vil ofte ha behov for å la kvalifikasjonshensyn være avgjørende for valget, kanskje spesielt kompetansebedrifter. Kvalifikasjonshensynet kan være i strid med ansiennitetsprinsippet, men trenger ikke å være det. Årelang bransjeerfaring

⁵¹ NOU 2004:5

⁵² NOU 2004:5 s. 20.

⁵³ Storeng (2014) s. 511

⁵⁴ Rt. 1986 s. 879 på s. 886

⁵⁵ Fanebust (2013) s. 239.

⁵⁶ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 307

kan være vel så mye verdt for arbeidsgiver som en universitetsgrad.⁵⁷ I utgangspunktet vil relevant kvalifikasjon (kompetanse) som utvalgskriterium være saklig.⁵⁸

I norsk rett har *ansiennitet* tradisjonelt sett vært et viktig hensyn ved utvelgelse. Prinsippet er ikke lovfestet og arbeidsgiver har ingen plikt til å følge det, med reservasjon for situasjoner hvor arbeidstaker har særlig lang ansiennitet.⁵⁹ Prinsippet har gode grunner for seg. For det første oppfattes det som rettferdig og rimelig.⁶⁰ En arbeidstaker med særlig lang ansiennitet kan ha vanskeligheter med å finne seg alternativ jobb, blant annet på grunn av smal arbeidserfaring. Som oftest vil arbeidstakeren også ha høy alder og dette vanskeliggjør jobbjakten. For det tredje vil vedkommende ofte, på grunn av betydelig arbeidserfaring, være best kvalifisert for jobben.⁶¹ I tillegg utgjør de normalt en ressurs for bedriften ved at har betydningsfull kunnskap om bedriften.⁶² Hensynet må kunne sies å være svært viktig.

Arbeidsgiver kan være berettiget til å velge ut fra andre hensyn forutsatt at de er saklige, jf. Hillesland⁶³ hvor Høyesterett uttaler følgende:

”Det kan her være flere hensyn som må tillegges vekt, således kvalifikasjoner, alder, ansiennitet og også klare sosiale eller menneskelige hensyn”.⁶⁴

Det bemerkes at aldersmoment trekkes frem som et selvstendig kriterium, uten tilknytning til ansiennitet. Videre kan høy alder være bakt inn i ”sosiale hensyn” på den måten at det kan være relevant å se på arbeidstakerens muligheter for å skaffe seg ny jobb.⁶⁵ I den konkrete vurderingen i Hillesland,⁶⁶ la Høyesterett bla. vekt på dette momentet, jf. s 888. At eldre har vanskeligheter med å finne seg ny jobb synes fortsatt å være tilfellet.⁶⁷ For øvrig kan det være saklig for arbeidsgiver ta hensyn til bedriftens behov for en fornuftig alderssammensetning.⁶⁸

⁵⁷ Storeng (2014) s. 522.

⁵⁸ Fanebust (2013) s. 276 og 277, Storeng (2014) s. 523

⁵⁹ Storeng (2014) s. 518

⁶⁰ Fanebust (2013) s. 277

⁶¹ Benson (2008) s. 345

⁶² Benson (2008) s. 345

⁶³ Rt.1986 s. 879

⁶⁴ Rt.1986 s. 879

⁶⁵ *Arbeidsrett – særlig om omstilling i offentlig sektor* (2007) s. 282, *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 308

⁶⁶ Rt.1986 s. 879

⁶⁷ Senter for seniorpolitikk (2014)

⁶⁸ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 308

Andre momenter som faller inn under sekkebetegnelsen ”sosiale forhold” kan være forsørgelsesbyrde og spesielle tyngende gjeldsforhold.⁶⁹

Det tradisjonelle utgangspunktet har vært at ansiennitet og sosiale forhold er hensyn som trekkes inn som momenter for å unnlate å si opp vedkommende.

I praksis er det ofte kombinasjonen ansiennitet og kvalifikasjon som blir avgjørende for arbeidsgivers utvelgelse, men hvor det samtidig tas hensyn til særlige menneskelige og sosiale forhold som kan gi grunnlag for å unnlate oppsigelse.⁷⁰

I SAS⁷¹ ble overtalligheten løst gjennom oppsigelser av de pilotene som var *pensjonsberettigede*. Om hensynets relevans sier Høyesterett, og som ikke kan sies å være kontroversielt, at slike sosiale forhold ”... må utvilsomt kunne trekkes inn saklighetsvurderingen”.⁷²

Det som imidlertid kan oppfattes som kontroversielt er Høyesteretts standpunkt til at slike sosiale hensyn også kan tjene som *begrunnelse* i valget mellom ansatte.⁷³ Etter min oppfatning synes nemlig enigheten i juridisk teori å gå ut på at sosiale forhold *er* relevante hensyn i en saklighetsvurdering, men som et argument for ikke å si opp den potensielle arbeidstakeren *på grunn av de ulemper dette vil ha for arbeidstaker*.

2.4.2.1 Aldersdiskriminerende forhold.

I tradisjonell arbeidsrett er høy alder ansett som en beskyttelsesverdig interesse i en utvelgessituasjon. Eldre arbeidstakere vil ofte beskyttes gjennom ansiennitetsprinsippet, da lang fartstid og høy alder ofte henger nært sammen. Om den eldre ikke har lang fartstid i bedriften kan vedkommende likevel beskyttes ut fra den betraktning om at eldre arbeidstakere normalt støter på større utfordringer når det gjelder å finne nytt arbeid sammenliknet med yngre.⁷⁴ Høy alder kan videre bli trukket inn gjennom hensynet til bedriftens behov for en fornuftig aldersspredning. Dette kan innebære at den eldre arbeidstakeren beskyttes mot oppsigelse, men kan på den annen side også bety at vedkommende sies opp.

I tradisjonell arbeidsrettslig forstand anses disse kriteriene som saklige. Det fremgår at *alder* som sådan i flere ulike variasjoner trekkes inn i saklighetsvurderingen. Aldersdiskriminerings-

⁶⁹ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 308

⁷⁰ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 306

⁷¹ Rt.2011 s. 609

⁷² Rt.2011 s. 609 avsnitt 63

⁷³ Rt.2011 s. 609 avsnitt 64

⁷⁴ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 308

reglenes inntreden, betyr at aldershensynet nå må underlegges en lang mer kritisk vurdering enn hva som er blitt gjort tidligere.⁷⁵

Diskriminerende forhold faller inn under betegnelsen *utenforliggende hensyn*. Dersom forskjellsbehandlingen er ulovlig finnes det gode grunner for at oppsigelsen anses som usaklig og ugyldig. At det er samsvar mellom saklighetskravet og likebehandlingskravet er en forutsetning for å kunne inneha et effektivt diskrimineringsvern. For det andre knytter både saklighetskravet og likebehandlingskravet seg til samme fakta. Ved å si at handlingen er forbudt i henhold til diskrimineringsreglene for deretter å komme til at den samme handlingen er tillatt etter det alminnelige saklighetskravet, vil innebære en motsigelse som ikke kan aksepteres.

Å trekke diskriminerende forhold inn i utvelgelsen vil som hovedregel være klart usaklig.⁷⁶ Dette viser aldersdiskrimineringsreglenes rettslig forankring i saklighetskravet i § 15-7. Det rettslige skjæringsfeltet som problemstillingen befinner seg trer frem. `Skjæringsfeltperspektivet` tas opp igjen i kapittel 5.

Forutsatt at det de diskriminerende forholdene innebærer lovlig forskjellsbehandling så betyr ikke dette at oppsigelsen som sådan skal anses som saklig og gyldig, nettopp fordi saklighetskravet og likebehandlingskravet er to selvstendige krav. *Lovlig forskjellsbehandling* innebærer altså – ikke noe mer enn - at det *aldersdiskriminerende forholdet ikke* gir rettsgrunnlag for å underkjenne oppsigelsen som usaklig. I så fall må oppsigelsens angripes med grunnlag i saklighetskravet i den tradisjonelle arbeidsretten, eksempelvis i et av de øvrige elementene i saklighetsnormen.

⁷⁵ Storeng (2014) s. 527

⁷⁶ Storeng (2014) s. 527.

3 Aldersdiskrimineringsvernet.

3.1 Bakgrunnslandskapet.

3.1.1 Innledning

Diskrimineringsretten kan karakteriseres både som en eldre og en ny fagdisiplin. Eldre på den måten at diskrimineringsvernet lenge har vært en integrert del av blant annet menneskeretten, EU og EØS retten og kvinneretten. Samt ny på den måten at vernet mot diskriminering i de senere år, innenfor EU og i Norge, har vært i sterk utvikling.

3.1.2 Likebehandlingsprinsippet og rettslige forankringer.

Diskrimineringsforbudet er tuftet på grunnprinsippet om individets rett til ikke å bli diskriminert. Kjernen i prinsippet er at ethvert menneske har rett til å bli vurdert ut fra sine individuelle egenskaper, og ikke som del av en gruppe”.⁷⁷

Likhet, verdighet, frihet og integritet er sentrale verdier som ligger til grunn for likebehandlingsprinsippet.

Likebehandlingsprinsippet er nedfelt og synliggjort i Grunnloven⁷⁸ § 98. Videre forpliktes staten til å respektere og sikre menneskerettighetene gjennom Grl.§ 92. I tillegg har vi forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven⁷⁹ § 3 som går ut på at menneskerettigheter forankret i ulike konvensjoner, herunder de ulike diskrimineringsforbudene, i tilfelle motstrid med norske regler, gis forrang.

Likebehandlingsprinsippet er et helt sentralt og grunnleggende prinsipp også innenfor EU/EØS-rettens markeds- og konkurranseorienterte konsept.⁸⁰ Videre har et effektivt kjønnsdiskrimineringsforbud hatt stor betydning for EU-retten.

Diskrimineringsvernet i norsk rett er i dag spredt rundt om i flere lover. Hvilken lov som kommer til anvendelse beror på diskrimineringsgrunnlaget og innenfor hvilket samfunnsområde forskjellsbehandlingen foregår.⁸¹ Arbeidslivlovsutvalget anbefalte å samle diskrimine-

⁷⁷ Strand (2007) s.132.

⁷⁸ Kongeriket Norges Grunnlov (1814)

⁷⁹ Lov av 21. mai 1999 nr. 30

⁸⁰ Hellum (2008) s. 18.

⁸¹ Strand (2007) s. 132

ringsvernet i Norge under en helhetlig regulering uavhengig av diskrimineringsgrunn.⁸² Til tross for diskrimineringslovutvalgets innstilling⁸³ om et helhetlig vern mot diskriminering ønsket ikke regjeringen å fremme forslaget.⁸⁴

3.2 Forholdet mellom de EU rettslige og de norske aldersdiskrimineringsreglene.

3.2.1 Aldersdiskrimineringsvernets inntreden i norsk rett.

Aldersdiskrimineringsvernet i arbeidslivet kom i 2004 inn i norsk rett gjennom implementeringen av EUs Rådsdirektiv 2000/78/EU i arbeidsmiljøloven av 1977. Inntil da var diskrimineringsvernet i forbindelse med opphør av arbeidsforholdet ansett å følge av saklighetskravet i § 60 (1977-loven).

Aldersdiskrimineringsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven (2005) kapittel 13 er i hovedsak en videreføring, da endringene ikke var tilsiktet noen ”betydning for det materielle innholdet”.⁸⁵ Forarbeidene til 1977 loven er dermed fortsatt relevante.

3.2.2 De EU rettslige reglenes betydning.

3.2.2.1 Problemstilling.

Rammedirektivet er hjemlet i EF-traktaten artikkel 13, som ikke er en del av EØS-avtalen. Norge var således ikke folkerettslig forpliktet til å gjennomføre direktivet i norsk rett.⁸⁶ Det er dermed ikke uten videre gitt at aldersdiskrimineringsforbudets innhold og rekkevidde skal tolkes i lys av EU direktivet og EU domstolens praksis.

Imidlertid forpliktet Norge seg politisk til å innføre lovgivning som tilsvarer EU- regelverket.⁸⁷

⁸² NOU 2003:2 bl.a. pkt. 4.3

⁸³ NOU 2009:14

⁸⁴ NOU 2012:15 pkt. 8.2.4

⁸⁵ Ot.prp..nr.49 (2004-2005) s. 193

⁸⁶ Bl.a. Rt.2011 s. 609 avsnitt 69

⁸⁷ St.prp. nr. 11 (2003-2004)

Sett i lys av dette kan det spørres hvilken *rettskildemessig betydning* det har at de norske aldersdiskrimineringsreglene bygger på EU-rettslige regler som formelt sett *ikke* utgjør en del av EØS-avtalen.

3.2.2.2 Relevans og vekt.

EØS lovens § 2 - om at norske gjennomførte EØS-regler, i tilfelle konflikt med annen norsk lovgivning som regulerer samme forhold har forrang – kommer ikke til anvendelse.

Problemstillingen tas ikke opp i lovforarbeidene til arbeidsmiljøloven.⁸⁸ Dette trekker i retning av lovgiver har forutsatt "... at direktivet med det innhold det måtte ha etter EF-domstolens praksis, uten reservasjoner skal legges til grunn ...".⁸⁹

Lovgiver uttaler at målsettingen for Norge er å ha et vern som minst er på høyde med EU.⁹⁰

De uttaler også at "... forbudet mot aldersdiskriminering er nytt i europeisk sammenheng, og det finnes svært lite praksis som gir grunnlag for å utarbeide nærmere kriterier. Per i dag synes det derfor hensiktsmessig og nødvendig at den nærmere avgrensningen av vernet mot aldersdiskriminering skjer ved fremtidig *domstolspraksis*" (min uth.).⁹¹ Domstolspraksis kan forstås som norsk rettspraksis, men også som EU-domstolens praksis, sett i lys av at lovgiver trekker frem mangel på praksis i europeiske sammenheng. Det at domstolene skal foreta en *nærmere avgrensning* må tolkes dit hen at deres fortolkninger skal ha *avgjørende* vekt.

På den annen side legges til grunn "... at en innføring av et forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder *ikke* skal rukke ved dagens rettstilstand".⁹² Høyesterett uttaler i Rt.2010 s.202 i avsnitt 53 at "Uttalelsen peker i retning av at bestemmelser i loven er ment å gjelde *uavhengig* av hva som måtte følge av direktivet..." (min uth.).

Etter min oppfatning ligger det ikke noe mer i disse uttalelsene enn at departementet er usikker på hvordan direktivet har ment å forholde seg til aldersgrenser, sett i lys av at aldersdiskrimineringsforbudet er nytt innenfor EU og mangler nødvendige avgrensninger fra EU-domstolen. Og ikke nødvendigvis som et standpunkt til hvilken rettskildemessig relevans og tyngde direktivet med EU domstolens fortolkninger skal ha i norsk rett. Dette underbygges av

⁸⁸ NOU 2003:2, Ot.prp. nr 104 (2002-2003), NOU 2004:5, Ot.prp. nr 49 (2004-2005)

⁸⁹ Rt.2010 s. 202 avsnitt 51

⁹⁰ NOU 2003:2 pkt. 1.1

⁹¹ NOU 2003:2 pkt. 11.6.3

⁹² Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s. 30

de etterfølgende uttalelsene: ”Hvorvidt denne typen ordninger kan og bør opprettholdes i forhold til direktivet krever en bred utredning og konsekvensutredning før endelig konklusjon kan trekkes”.⁹³

I norsk juridiske metodelære er det primært Høyesterett, gjennom sin rettskildebruk, som er retningsgivende for rettskildefaktorenes relevans og vekt.⁹⁴ Spørsmålet om forholdet til direktivet har vært oppe og avgjort i Høyesterett flere ganger.

Kystlink⁹⁵ var den første høyesterettsavgjørelsen som tok stilling til spørsmålet. Høyesterett la til grunn at spørsmålet må vurderes på selvstendig grunnlag ”... på bakgrunn av de samme rettskilder som ville gjelde dersom spørsmålet hadde blitt forelagt EF-domstolen”.⁹⁶ Saken dreide seg riktignok om sjømannslovens aldersdiskrimineringsforbud.⁹⁷ Imidlertid var dette innført som følge av rammedirektivet, slik at spørsmålet om direktivets rettskildemessig betydning stilte seg likedan.

Dette innebærer at Høyesterett i hvert fall anser direktivet og EU-domstolens fortolkninger som relevante. Standpunktet ble bekreftet i SAS⁹⁸ og slått fast i Gjensidige⁹⁹ og Helikopterpiloter.¹⁰⁰

Høyesterett uttalte imidlertid i Gjensidige¹⁰¹ at ”... arbeidsmiljølovens bestemmelser om aldersdiskriminering *må* tolkes slik at de blir forenlige med Rådsdirektivet” (min uth.),¹⁰² og bekreftet det samme i helikopterpiloter.¹⁰³ Dette taler i favør at EU domstolens fortolkninger skal ha *avgjørende betydning*.

Høyesterett påpeker at ”Dette er også fremholdt i Rt.2010 s.202 – Kystlink-dommen”.¹⁰⁴ Som nevnt fortolker ikke jeg uttalelsen i Kystlink¹⁰⁵ dit hen at det slås fast hvilken vekt den EU-

⁹³ Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s. 30

⁹⁴ Eckhoff (2001) s. 20

⁹⁵ Rt.2010 s. 202

⁹⁶ Avsnitt 56

⁹⁷ Sjømannsloven (1975) § 33, jf. § 33 B

⁹⁸ Rt.2011 s. 609

⁹⁹ Rt.2011 s. 964

¹⁰⁰ Rt.2012 s. 219

¹⁰¹ Rt.2011 s. 964

¹⁰² Avsnitt 44

¹⁰³ Avsnitt 46

¹⁰⁴ Rt.2011 s. 964 avsnitt 44.

¹⁰⁵ Rt.2010 s. 202

rettslige regelen skal ha. Dette kommer først klart frem i Gjensidige,¹⁰⁶ og senere Helikopter-piloter.¹⁰⁷

3.2.2.3 Konklusjon

Det foreligger mange uttalelser i lovforarbeidene som synes at lovgiver forutsetter at direktivet skal ha avgjørende vekt. Så vidt jeg vet, er ikke dette bekreftet av lovgiver i etterfølgende uttalelser, men det er heller ikke tatt avstand fra et slikt standpunkt, jf. Gjensidige¹⁰⁸ avsnitt 44.

Med grunnlag i høyesterettspraksis kan det etter mitt syn legges til grunn at rammedirektivet og EU-domstolens fortolkninger av det, er *relevante og avgjørende* rettskildefaktor ved fortolkning av aldersdiskrimineringsforbudets innhold og rekkevidde, jf. aml. §§ 13-1, jf. 13-3 (2). Dette betyr at det EU-rettslige aldersdiskrimineringsvernets innhold og rekkevidde vil være bestemmende for aldersdiskrimineringsreglene i arbeidsmiljøloven.

Helikopterpiloter¹⁰⁹ illustrerer hvor betydningsfull EU-domstolens praksis og rettsutvikling er for det norske aldersdiskrimineringsvernet, hvor Høyesterett satte saken på hold i påvente av EU-domstolens avgjørelse i Prigge,¹¹⁰ som omhandlet et tilsvarende spørsmål.¹¹¹

3.3 Aldersdiskrimineringsvernets generelle innhold og rekkevidde.

3.3.1 Det norske og det EU-rettslige aldersdiskrimineringsforbudet.

3.3.1.1 Generelt.

Det er som hovedregel forbudt å forskjellsbehandle arbeidstakere på grunnlag av (høy) alder, jf. aml. § 13-1:

”Direkte og indirekte diskriminering på grunn av ... alder er forbudt”.

¹⁰⁶ Rt.2011 s. 964

¹⁰⁷ Rt.2012 s. 219

¹⁰⁸ Rt.2011 s. 964

¹⁰⁹ Rt.2012 s. 219

¹¹⁰ C-447/09

¹¹¹ LDO notat s. 8

Bestemmelsen gjennomfører og tilsvarende rammedirektivets art. 2 nr. 1, jf. art. 1.

Direkte og indirekte diskriminering utgjør hovedformene for forskjellsbehandling. Aldersdiskrimineringsforbudet gjelder kun i arbeidslivets forhold, men kommer til anvendelse i ”alle sider ved arbeidsforholdet”, herunder ved arbeidsforholdet opphør, jf. aml. 13-2 (1) bokstav d. Dermed omfattes nedbemanningsoppsigelse.

”... formålet med forbudet mot forskjellsbehandling er å sikre likebehandling i arbeidslivet”.¹¹² Formålet kommer til syne i aml. § 1-1 bokstav b. Formålet må ses i sammenheng med arbeidsmiljølovens øvrige visjoner og verdi syn. For det første er likebehandlingsformålet nedfelt i samme passus som formålet med ”å sikre trygge ansettelsesforhold”. Dette reflekterer sammenhengen mellom stillingsvernreglene som klart tar sikte på å trygge ansettelsesforhold, og diskrimineringsvernsreglene. For det andre utgjør likebehandling i arbeidslivet en viktig forutsetning for å sikre et inkluderende arbeidsliv, jf. aml. § 1-1 bokstav e.¹¹³

3.3.1.2 *Det rettslige diskrimineringsbegrepet. Direkte og indirekte diskriminering.*

Lovteksten (§ 13-1 første ledd) klargjør ikke nærmere hva som ligger i begrepene direkte og indirekte diskriminering. Arbeidsmiljøloven av 1977 inneholdt legaldefinisjoner av begrepene, men ble opphevet ved vedtakelsen av arbeidsmiljøloven av 2005, da de i ”liten grad var egnet til å klargjøre”.¹¹⁴ Lovgiver har ment at begrepene fortsatt skal anses for å ha samme innhold.¹¹⁵

Det er uheldig at definisjonene er utelatt fra lovteksten. Det er tungvint å måtte lete seg frem i lovens forarbeider for å kunne ta rede for sin rettsstilling.¹¹⁶ Det er ikke bare nåværende forarbeider som er viktige, men også forarbeidende til den tidligere arbeidsmiljøloven av 1977.¹¹⁷

Med direkte diskriminering menes tilfeller hvor personer; ”behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt i en tilsvarende situasjon”,¹¹⁸ jf. rammedirektivets art. 2 nr 2 bokstav a.

¹¹² Ot.prp. nr 104 (2002-2003) s. 24

¹¹³ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 71

¹¹⁴ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 325

¹¹⁵ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 325

¹¹⁶ Strand (2007) s. 147

¹¹⁷ Strand (2007) s. 147

¹¹⁸ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 325

”Med indirekte diskriminering menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlatelse *som faktisk virker* slik at en person stilles dårligere enn andre” på grunn av alder, (min uth.)¹¹⁹ jf. rammedirektivets art. 2 nr 2 bokstav b.

Felles for begge diskrimineringsformene er at det kreves at personen havner i en *mindre gunstig posisjon* sammenliknet med andre, jf. ”dårligere”.¹²⁰ Det kreves imidlertid ikke at personen *behandles* kvalifisert dårligere.¹²¹ Det oppstilles ikke noe krav om utvist skyld.¹²²

Loven krever *direkte årsakssammenheng* mellom den dårlige behandlingen og arbeidstakers alder, jf. ”på grunn av”.¹²³ Dette innebærer at en må sondre mellom dårlig behandling som på den ene siden skyldes arbeidstakers alder og på den annen side dårlig behandling som skyldes andre forhold.¹²⁴ En arbeidstaker på 58 år som mottar oppsigelse i forbindelse med en nedbemanning er ikke utsatt for diskriminering på grunn av alder dersom utvelgelsen skyldtes at vedkommende ikke er kvalifisert for stillingen.

Sammenlikning mot fortidige, nåværende og fremtidige handlinger omfattes.

For at direkte diskriminering skal bli aktuell må det foreligge en ”*tilsvarende situasjon*”. Poenget er at bare da kan sammenlikningen være veiledende.

Et klart eksempel på direkte forskjellsbehandling illustreres i Helikopterpilotdommen. Der oppphørte helikopterpilotene ansettelsesforhold (tvungen avgang) ved fylte 60 år som følge av tariffavtalt aldersgrense, jf. avsnitt 45.

Ved indirekte diskriminering kreves det *ikke* en ”tilsvarende situasjon”. Poenget er nemlig at arbeidstakerne befinner seg i *ulike situasjoner* og argumentet om at like tilfeller skal behandles likt slår ikke til. Likevel hevdes at behandlingen *faktisk* har negativ effekt.

¹¹⁹ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 325

¹²⁰ Strand (2007) s. 143

¹²¹ Ot.prp. nr 104 s. 31

¹²² Arbeidsmiljøloven – kommentarutgave (2013) s. 540

¹²³ Ot.prp. nr 104 (2002-2003) pkt. 8.3.5.3

¹²⁴ Arbeidsmiljøloven – kommentarutgave (2013) s. 546

3.3.2 Lovlig forskjellsbehandling.

I tolkingsprosessen er det viktig å ha for øye faren som ligger i å undergrave aldersdiskrimineringsforbudet ved å anlegge en for vid unntaksadgang.

”... unntaksadgangen skal tolkes *svært restriktivt*, for ikke å føre til en uthuling av diskrimineringsforbudet” (min uth.).¹²⁵ Med andre ord skal det tungtveiende grunner til for å kunne vektlegge alder ved nedbemanning.

Kriteriene er generelle og skjønnsmessige. Avgrensningen beror på en konkret og skjønnsmessig vurdering.¹²⁶ Praksis fra Høyesterett og EU-domstolen står sentralt. Konkrete vurderinger gjør det utfordrende å trekke sikre generelle slutninger ut av domstolspraksis. Dette gjelder særlig for forholdsmessighetsvurderingen da sakene ofte er forskjellige både når det gjelder formålene og de konkrete ulemper som er påført den diskriminerte.

3.3.2.1 Lovlig forskjellsbehandling, jf. aml. § 13-3.

Første ledd er et generelt unntak.¹²⁷ Alle diskrimineringsgrunnlagene omfattes og regelen dekker alle former for diskriminering.¹²⁸ Lovbestemmelsen tilsvarer rammedirektivets art. 4 nr 1.

Annet ledd derimot er et *spesielt unntak*, og lyder;

§ 13-3. Unntak fra forbudet mot diskriminering.

(2) Forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et *saklig formål* og som *ikke er uforholdsmessig inngripende* overfor *den eller de som forskjellsbehandles* er ikke i strid med forbudet mot indirekte diskriminering, diskriminering på grunn av alder eller diskriminering av arbeidstaker som arbeider deltid eller er midlertidig ansatt (min uth.).

Unntaksadgangen gjennomfører, svarer til og er ment avgrenset i tråd med rammedirektivets art. 6 nr 1.¹²⁹ Både direkte og indirekte *aldersdiskriminering* dekkes av unntaksadgangen, og i det følgende er det denne som behandles.

¹²⁵ Ot.prp. nr 104 (2002-2003) s. 40

¹²⁶ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 327, Ot.prp. nr 104 s. 42.

¹²⁷ Ot.prp. nr 49 s. 326

¹²⁸ Ot.prp. nr 49 s. 327

¹²⁹ Ot.prp. nr 104 (2002-2003) s. 39

Med vilkårene ”saklig formål” og ”ikke uforholdsmessig inngripende” oppstilles et saklighetskrav og et forholdsmessighetskrav. Forholdsmessighetskravet betyr for det første at ”... de *midler* som tas i bruk må stå i forhold til det *resultat* som oppnås” (min uth.).¹³⁰ Sentralt for denne vurderingen vil være hvorvidt ”målet kan nås på en måte som ikke bryter med ikke-diskrimineringsinteresser”.¹³¹ For det andre skal de tap eller ulemper den diskriminerte påføres, trekkes inn i forholdsmessighetsvurderingen, jf. formuleringen ”*den* eller *de* som forskjellsbehandles”. Dermed gjør det seg gjeldende en interesseavveining i forholdsmessighetskravet.

3.3.2.2 Lovlig forskjellsbehandling, jf, art. 6 nr. 1.

Lovlig forskjellsbehandling etter artikkel 6 nr.1 angis slik:

”Uanset artikel 2, stk. 2, kan medlemsstaterne bestemme, at ulige behandling på grund af alder ikke udgør forskelsbehandling, hvis den er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret, bl.a. legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, og hvis midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige”.

Saklighetskravet reflekteres i uttrykket ”objektivt og rimelig begrundet i et legitimt formål”. Det kreves forholdsmessighet ved at midlene som brukes for å nå formålet er ”hensigtsmessige og nødvendige”.

På grunn av oppgavens omfang gjennomgår ikke EU-domstolens avgjørelser enkeltvis idet ingen av avgjørelsene omhandler bruk av alder ved nedbemanning. *Generelle viktige avgrensninger* trekkes ut her, og for øvrig brukes avgjørelsene enkeltvis i kapittel 4.

3.3.2.2.1 Saklighetskravet.

Tolkingsspørsmålet er *hvilke hensyn* som kan påberopes som grunnlag for unntak.

Det fremgår av ordlyden i art.6 nr.1 at sysselsettings-, arbeidsmarkeds- og yrkesutdannelsespolitiske mål utgjør mulige legitime formål. Denne eksemplifiseringen er en ikke-uttømmende liste.¹³²

¹³⁰ Ot.prp. nr 104 s. 41.

¹³¹ NOU 2003:2 pkt. 11.6.3

¹³² Formuleringen ”bl.a.” i rammedirektivets art. 6 nr.1, Palacio (C-411/05) avsnitt 43

Dette er *sosialpolitiske formål* som er av *allmenn interesse*, jf. Age Concern.¹³³ Formål av en slik art anses *prinsipielt sett* for å være objektive og rimelige, jf. Mangold.¹³⁴ Formål av allmenn interesse er i utgangspunktet vektige hensyn, og normalt legitime. Det skal tungtveiende grunner til for å tvile på deres objektivitet og rimelighet.

I Mangold¹³⁵ gav tysk lovgivning hjemmel for at arbeidsgivere kunne inngå midlertidige ansettelseskontrakter med arbeidstakere som hadde fylt 52 år. Formålet var å *fremme sysselsettingen* blant eldre arbeidsløse arbeidstakere, da de har betydelige vanskeligheter for å finne nytt arbeid. Dette ble ansett for å være av allmenn interesse.¹³⁶ I Palacio¹³⁷ legges til grunn at det å *fremme sysselsetting* ”ubestridelig” er et lovlig sysselsettingspolitisk mål.¹³⁸ Dette bekreftes bl.a. i Hörnfeldt.¹³⁹

Palacio¹⁴⁰ gjaldt en spansk lovbestemmelse som hjemlet tariffavtalte aldersgrensereguleringer, og som tok sikte på å fremme sysselsettingen *blant yngre arbeidstakere*. EU-domstolen fastslo at lovbestemmelsen hadde allmenn interesse *uavhengig* av hvilken kategori arbeidstakere som det tas sikte på skal få fotfeste på arbeidsmarkedet. Dette bekreftes bl.a. i Hörnfeldt.¹⁴¹

Formål av allmenn interesse skiller seg fra rent individuelle begrunnelser som er særegne for arbeidsgiveren.¹⁴² EU-domstolen utelukker ikke at slike formål også kan være legitime, og således berettigede forskjellsbehandling.¹⁴³

Art. 6 nr.1 krever ikke at formålet direkte fremgår av foranstaltningen.¹⁴⁴ Imidlertid *må* det være mulig å identifisere det legitime formålet på bakgrunn av ”... andre elementer, der indgår i den pågældende foranstaltnings almindelige kontekst ...”.¹⁴⁵

¹³³ C-388/07 avsnitt 46

¹³⁴ C-144/04 avsnitt 61

¹³⁵ C-144/04

¹³⁶ Avsnitt 60

¹³⁷ C-411/05

¹³⁸ Avsnitt 65

¹³⁹ Avsnitt 29

¹⁴⁰ C-411/05

¹⁴¹ C-141/11

¹⁴² Age Concern (C-388/07) avsnitt 46

¹⁴³ Age Concern (C-388/07) avsnitt 46

¹⁴⁴ Bla. Palacio (C-411/05) avsnitt 55

¹⁴⁵ Bl.a. Petersen (C-341/08) avsnitt 40

3.3.2.2.2 Forholdsmessighetskravet.

Gode og legitime formål er ikke nok i seg selv. I tillegg gjelder krav om egnethet og nødvendighet. Hörnfeldt¹⁴⁶ illustrer på en god måte hvordan forholdsmessighetskravet gjennomføres som en to trinns vurdering.¹⁴⁷

Hensiktsmessighetskravet innebærer en rimelighetsvurdering av tiltaket; kan tiltaket anerkjennes som et akseptabelt middel.¹⁴⁸

Nødvendighetskriteriet inneholder to elementer, hvor det må vurderes hvorvidt foranstaltningen "... går ud over det, der er nødvendig for at nå de forfulgte formål, *og* udgør et urimelig vidtgående indgrep i interesserne" (min uth.).¹⁴⁹ For det første kan det spørres hvorvidt målsettingen kunne nås ved hjelp av mindre inngripende tiltak. For det andre hvorvidt tiltaket gjør et *vidtgående inngrip* i de berørte arbeidstakernes legitime *interesser*.¹⁵⁰ Med sistnevnte trekkes det inn en konkret interesseavveining, som innebærer at de *tap* arbeidstakeren påføres av forskjellsbehandlingen må avveies mot de fordeler som samfunnet og de mennesker, som inngår i det, oppnår.¹⁵¹ Fra og med Rosenblatt¹⁵² angis vurderingstemaet som; hvorvidt tiltaket utgjør et *urimelig* vidtgående inngrip i de berørte arbeidstakernes legitime interesser. Med dette synes som om terskelen for hva arbeidstakere må finne seg i senkes.

Tap må forstås i den forstand at den også omfatter andre forhold enn de rent økonomiske. Det kan dreie seg om tap av sosial utfoldelse, personlig utvikling eller tap av livskvalitet.

De nasjonale domstoler har i oppgave å overprøve om tiltaket mv. står i forholdsmessighet til det påberopte formålet.¹⁵³ I saker med sosialpolitiske formål råder imidlertid medlemsstatene over en vid skjønnsmargin.¹⁵⁴ Det går imidlertid en grense. Politikerskjønnet kan ikke strekkes så langt at aldersdiskrimineringsforbudet gjøres illusorisk.¹⁵⁵

¹⁴⁶ C-141/11

¹⁴⁷ Se avsnittene 33 flg i Hörnfeldt

¹⁴⁸ Bl.a. Rosenblatt (C-45/09) avsnitt 51

¹⁴⁹ Hörnfeldt (C-141/11) avsnitt 38

¹⁵⁰ Bl.a. Palacio (C-411/05) avsnitt 73

¹⁵¹ Bl.a. Hörnfeldt (C-141/11) avsnitt 38

¹⁵² C-45/09

¹⁵³ Age Concern (C-388/07) avsnitt 50

¹⁵⁴ Bl.a. Andersen (C-499/08) avsnitt 33

¹⁵⁵ Bl.a. Andersen (C-499/08) avsnitt 33

4 Høy alder som utvalgs-kriterium.

Høy alder kan være et moment for å beskytte arbeidstaker ved oppsigelse, men kan også være lovlig kriterium for utvelgelsen av overtallige arbeidstakere i forbindelse med nedbemanning. Spørsmålet i forhold til sistnevnte er på hvilke vilkår.

4.1 Høy alder som moment for å beskytte arbeidstakeren.

Når kan ansiennitet eller høy alder i seg selv, som utvelgelseskriterium for å unnlates å sies opp, utgjøre lovlig forskjellsbehandling?

4.1.1 Ansiennitet.

Normalt vil eldre arbeidstakere ha lengre ansiennitet sammenliknet med de yngre, og dermed kan det argumenteres med at et ansiennitetskriterium vil utgjøre indirekte aldersdiskriminering i disfavør av de yngre.¹⁵⁶ Selv om det ikke foreligger noen alminnelig plikt for arbeidsgiver til å følge et ansiennitetsprinsipp så kan det ikke være tvil om at kriteriet er et særlig viktig hensyn, jf. kapittel 2.4.2 Dette taler for at ansiennitet som selvstendige utvalgs-kriterium bør være lovlig forskjellsbehandling. Det er nok dette som ligger til grunn når arbeidslivslovutvalget understreker at aldersdiskrimineringsforbudet ikke kan gjelde absolutt. ”Det ville i en del tilfeller føre til uheldige og utilsiktede konsekvenser”.¹⁵⁷ Lovgivningsmyndighetene fremhever også uttrykkelig at det ”... i følgende situasjoner vil være adgang til unntak... *Utvelgelseskriterier for hvem som skal sies opp ved nedleggelse, hvor det legges vekt på arbeidstakers tjenestetid*” (min uth.).¹⁵⁸

En slik forståelse samsvarer med formålet bak aldersdiskrimineringsvernet som er å øke eldre arbeidstakers deltakelse i arbeidslivet, jf. rammedirektivets fortale pkt. 8.

I følge *Arbeidsrett – Særlig om omstilling i offentlig sektor* uttales det at ansiennitetsprinsippet ”... er etter vår vurdering ikke en ulovlig indirekte diskriminering”.¹⁵⁹ I faglitteraturen for øvrig har jeg ikke funnet at spørsmålet er uttrykkelig drøftet og konkludert med. Det samme standpunktet er imidlertid lagt til grunn i en artikkel på advokatfirmaets Hjort hjemmesider skrevet av advokat Alex Borch.¹⁶⁰

¹⁵⁶ *Arbeidsrett – Særlig om omstilling i offentlig sektor* (2007) s. 283

¹⁵⁷ NOU 2003:2 kapittel 12, til § 54 D nr. 2

¹⁵⁸ NOU 2003:2 kapittel 12, til § 54 D nr. 2

¹⁵⁹ Side 206

¹⁶⁰ Borch (2013)

Etter søk i lovdata har jeg ikke funnet noen saker verken i Høyesterett, lagmannsrettene, tingrettene eller i likestillings og diskrimineringsnemnda som omhandler dette spørsmålet. Dette kan tyde på at det for dette spørsmålet ikke hersker rettsusikkerhet; ansiennitet anses som lovlig forskjellsbehandling.

4.1.2 Høy alder i seg selv og/eller tilknyttet alderssammensetningen.

Å unnlate å si opp den eldre arbeidstakeren på grunn av vedkommendes høye alder vil i utgangspunktet utgjøre direkte aldersdiskriminering ved at arbeidsgiver forskjellsbehandler sine yngre arbeidstakere.¹⁶¹ Som nevnt i kapittel 2.4.2 vil begrunnelsen normalt være at arbeidsgiver ønsker å verne vedkommende siden det som oftest er vanskeligere å finne nytt arbeid som eldre. Formålet med utvalgskriteriet kan derfor sies å være å fremme eldre arbeidstakerses sysselsettingsmuligheter. Å *fremme sysselsetting* faller inn under betegnelsen ”sosialpolitiske formål” og blir prinsipielt ansett for å være gyldige formål da de som oftest er av allmenn interesse, jf. bla. Petersen¹⁶² (se kapittel 3.3.2.2.1). Dette gjelder så vel eldre som yngres muligheter for få fotfeste på arbeidsmarkedet, jf. bla. Petersen¹⁶³ (se kapittel 3.3.2.2.1).

Det kan anføres at det ikke er tvil om at det i forbindelse med aldersdiskrimineringsforbudets inntreden ble lagt særlig vekt på å øke eldre arbeidstakers deltakelse i arbeidslivet, jf. rammedirektivets fortale pkt. 8 og 25 og bla. Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 63. Sett i lys av at ”Det er en viktig målsetting å beholde eller få eldre arbeidstakere til å stå lengre i arbeidslivet”,¹⁶⁴ og at veldig mange eldre arbeidstakere har lyst til å jobbe samt det faktum at det forekommer aldersdiskriminering av eldre arbeidstakere i forbindelse med ansettelse, så trekker dette i retning av at det gjør seg gjeldende tungtveiende grunner for å tillate forskjellsbehandling av de yngre for å beskytte de eldre arbeidstakerne.

Det kan imidlertid innvendes at aldersdiskrimineringsvernet omfatter så vel lav som høy alder, slik at det som et utgangspunkt må gjøre seg gjeldende tungtveiende grunner. I følge *Arbeidsrett – Særlig om omstilling i offentlig sektor* (2007) argumenteres det for at det trolig må kreves at ”Vanskene på arbeidsmarkedet må også fremstå som reelle. Dette kan variere fra bransje til bransje og over tid”, jf. s. 285. Det kan derfor spørres om ikke det må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle hvor reelle vanskelighetene med å finne seg en ny jobb er for den aldersgruppen, yrkesgruppen og bransjetilhørigheten som den eldre arbeidstakeren knyt-

¹⁶¹ *Arbeidsrett – Særlig om omstilling i offentlig sektor* (2007) s. 285

¹⁶² C-341/08

¹⁶³ C-341/08

¹⁶⁴ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 63

tes til. Dette trekker i retning av at høy alder i seg selv ikke ubetinget kan legges til grunn som utvalgs-kriterium.

Det kan tenkes at bedriften har et stort antall yngre ansatte og av hensyn til en fornuftig aldersspredning ønsker arbeidsgiver å beholde de få eldre arbeidstakerne. Hensynet med å verne de eldre arbeidstakerne gjøres med dette straks mer tungtveiende. Arbeidslivslovutvalget understreket at det ”Å legge vekt på fornuftig aldersspredning... ved oppsigelser som følge av en nedbemanningssituasjon” vil være lovlig forskjellsbehandling.¹⁶⁵ Departementet kommenter ikke arbeidslivslovutvalgets merknader men uttaler at de valgte ikke å innta ”... eksempler, kriterier eller lignende i loven”.¹⁶⁶ Imidlertid sier ikke departementet med dette at de er uenige i arbeidslivslovutvalgets vurderinger. Sett i lys av dette og tatt i betraktning at arbeidslivslovutvalget utgjør et ekspertorgan så er det god grunn for å tillegge deres uttalelse betydning. Det kan imidlertid spørres om hvorvidt utvalget har hatt hensynet til aldersspredning i tankene som begrunnelse for å beskytte den eldre arbeidstaker eller for å si opp vedkommende. I samme avsnitt nevnes to andre eksempler på tillatelig forskjellsbehandling, og hvor begge disse tar sikte på å *beskytte* arbeidstakere med lang ansiennitet. Ansiennitet er som oftest knyttet til høy alder, slik at det, på bakgrunn av denne konteksten, er god grunn for å betrakte uttalelsen som en begrunnelse for å *beskytte* arbeidstaker.

Hensynet til fornuftig aldersspredning vil imidlertid være tilknyttet bedriftens interesser. Dette er altså individuelle begrunnelser som er særegne for arbeidsgiveren og skiller seg fra formål av allmenn interesse.¹⁶⁷ EU-domstolen utelukker imidlertid ikke at slike formål også kan være legitime.¹⁶⁸ Dermed holder EU-domstolen døren så vidt åpen for å anse andre hensyn, utover de rene allmenne hensyn, som legitime. Det er ikke utenkelig at nettopp dette hensynet er av en slik art at det berettiger forskjellsbehandlingen når det brukes for å fremme eldre arbeidstakers sysselsetting. Spørsmålet er ikke avgjort i EU-domstolen. Så vidt jeg vet foreligger det heller ikke relevant rettspraksis omkring dette spørsmålet.

4.2 Høy alder som moment for å si opp vedkommende.

Når kan høy alder i seg selv eller sammen med rett på alderspensjon, som utvelgelseskriterium for å sies opp, utgjøre lovlig forskjellsbehandling.

¹⁶⁵ NOU 2003:2 kapittel 12, til § 54 D nr. 2

¹⁶⁶ Ot.prp. nr 104 (2002-2003) s. 41

¹⁶⁷ Age Concern (C-388/07) avsnitt 46

¹⁶⁸ Age Concern (C-388/07) avsnitt 46

4.2.1 Høy alder i seg selv og/eller tilknyttet alderssammensetningen.

EU-domstolen har avsagt to saker av relevans for problemstillingen. I Mangold¹⁶⁹ inneholdt lovhomehlen ingen øvrige begrensninger; vedkommendes alder i seg selv var eneste vilkår for å inngå lovlig midlertidig ansettelseskontrakt. Forskjellsbehandlingen ble ansett som uforholdsmessig. Årsaken var at et slikt kriterium identifiserte en *stor gruppe* eldre arbeidstakere, og gjorde ingen nærmere sondering mellom arbeidstakerne. Dermed var det utelukkende alderen som definerte de eldre arbeidstakerne. I Palacio¹⁷⁰ var tiltaket ikke uforholdsmessig da lovbestemmelsen *ikke hvilte på høy alder i seg selv*, men attpåtil tok hensyn til arbeidstakers rett på alderspensjon. dermed var arbeidstaker økonomisk sikret. Dommene blir et argument *mot* å la høy alder i seg selv være avgjørende for utvelgelsen.

Jeg kan ikke et at forholdet endrer karakter dersom begrunnelsen knyttes til bedriftens behov for en fornuftig alderssammensetning. Fortsatt støter andre tungtveiende hensyn i mot. En slik utvelgelse vil i stor grad ivareta bedriftsindividuelle interesser, sml. allmenne interesser. En slik utvelgelse vil stride mot det generelle formålet bak aldersdiskrimineringsvernet som er å sikre likebehandling i arbeidslivet, samt det særlige formålet med å sikre eldre arbeidstakers deltakelse i arbeidslivet.

4.2.2 Høy alder tilknyttet arbeidstakers rett på pensjon.

Verken lovtekst, lovforarbeider eller direktivet gir veiledning. Den sentrale rettskilden i norsk rett er SAS,¹⁷¹ hvor Høyesterett konkluderte med at ”pensjonsberettigelse” som utvalgs-kriterium utgjør lovlig forskjellsbehandling. I Sverige og Danmark kommer de til det motsatte resultat. Domspremissene i rettsavgjørelsene analyseres. Siktemålet er å få frem *hva* det er som gjør at domstolene kommer til forskjellige standpunkt. Høyesterettsavgjørelsen og den svenske dommens rekkevidde vurderes. I lys av dette kan det vurderes hvorvidt dommene er motstridene.

4.2.2.1 SAS dommen.¹⁷²

4.2.2.1.1 Saksforholdet, rettsspørsmålene og rettslig standpunkt.

¹⁶⁹ C-144/04

¹⁷⁰ C-411/05

¹⁷¹ Rt.2011 s. 609

¹⁷² Rt.2011 s. 609

SAS stod i 2008 overfor store økonomiske problemer. Nedbemanning ble nødvendig. Overtalligheten var på 12 piloter. To piloter valgte å slutte frivillig. De ti andre pilotene ble oppsagt. Overtalligheten hadde vært gjenstand for kollektive forhandlinger mellom SAS og SAS Norge på den ene siden og pilotenes fagforeninger på den andre siden. Det ble avtalt at pilotene som i henhold til tariffavtale hadde nådd pensjonsalder og dermed var *pensjonsberettiget* skulle sies opp foran andre piloter. Pensjonsalderen i henhold til tariffavtaler var 60 år. Alle de ti som ble sagt opp hadde fylt 60 år på oppsigelsestidspunktet og var dermed pensjonsberettiget etter tariffavtalen.

Høyesterett legger til grunn at pilotenes rett på betydelige pensjonsinntekter utgjør et sosialt hensyn, som likegodt kan benyttes *som begrunnelse* for valget mellom arbeidstakere, forutsatt at utvalgskriteriet ikke strider mot aldersdiskrimineringsforbudet.¹⁷³

Hovedspørsmålet var om oppsigelsene var usaklige som følge av ulovlig aldersdiskriminering i forbindelse med utvelgelsen, jf. aml. § 13-3 (2), jf. § 13-1.¹⁷⁴ Høyesterett kom frem til at ordningen *ikke* innbar ulovlig aldersdiskriminering.¹⁷⁵

4.2.2.1.2 Direkte og indirekte diskriminering.

Førstvoterende legger til grunn at det ikke foreligger diskriminerende hensikt da ”utvelgelseskriteriet som ble benyttet, hadde, - slik jeg ser det – et annet formål enn å forskjellsbehandle på grunn av alder”, jf. avsnitt 75. Dette er ikke avgjørende for aldersdiskrimineringsvernets anvendelse da det ikke kreves skyld. Det som bl.a. kreves er at forskjellsbehandlingen har satt pilotene i en mindre gunstig posisjon. At oppsigelsene har negativ effekt ligger kanskje så i dage at Høyesterett ikke finner det nødvendig å påpeke det. Dette til forskjell fra Arbeidsdomstolens vurdering (se nedenfor).

I samme åndedrag uttaler førstvoterende at kriteriet som er benyttet i saken ”... er likevel så nært knyttet til alder, at det etter mitt syn *ikke er tvilsomt* at ordningen innebærer aldersdiskriminering” (min uth.).¹⁷⁶ Høyesterett fortolker ikke uttrykkelig begrepet ”pensjonsberettiget”. Imidlertid synes det som Høyesterett med formuleringen ”så nært knyttet til alder” forutsetter at diskrimineringen ikke fremkommer av begrepet i seg selv. Dermed har en språklig fortolkning likevel vært relevant for Høyesterett.

¹⁷³ Avsnitt 65

¹⁷⁴ Avsnitt 56

¹⁷⁵ Avsnitt 105

¹⁷⁶ Avsnitt 75

Samme formulering gir, etter min fortolkning, også grunnlag for å si at Høyesterett legger til grunn at det foreligger *årsakssammenheng* mellom forskjellsbehandlingen og arbeidstakerens alder. Med dette konstateres dermed at alderdiskrimineringsreglene kommer til anvendelse.

Hvilken diskrimineringsform som foreligger er et grunnleggende spørsmål i diskrimineringsretten. Dette har betydning for omfanget av tillatelig forskjellsbehandling. Spørsmålet er således av prinsipiell karakter.

Spørsmålet om diskrimineringsform tas opp, men førstvoterende unnlater å ta stilling til det da rubriseringen ikke er avgjørende for vedkommendes syn på saken, jf. avsnitt 83. Riktignok uttaler førstvoterende at tariffordningen mest sannsynlig vil utgjøre direkte diskriminering, jf. Andersen.¹⁷⁷ Der uttalte EU-domstolen at det kriterium som ble benyttet var ”*uadskilleligt*” tilknyttet arbeidstakers alder.¹⁷⁸ Etter min forståelse er det denne formuleringen som ligger til grunn for at Høyesterett konkluderer med at det foreligger aldersdiskriminering fordi kriteriet er ”... så nært knyttet til alder”. Det fremkommer ikke direkte hvorfor førstvoterende unnlater å ta et standpunkt, men det må antas at årsaken ligger i at så vel direkte som indirekte *alders*-diskriminering omfattes av den videre unntaksadgangen i aml. § 13-3 (2), jf. art. 6 nr 1.

Stein Evju anser det som ”påfallende” at Høyesterett unnlater å ta standpunkt, og påpeker at rubriseringen har betydning for hvilke formål som kan regnes som legitime og for forholdsmessighetsvurderingen.¹⁷⁹ Evju bruker dette som et argument for å trekke dommens overføringsverdi i tvil. Slik jeg tolker det, anfører Evju at dommen nærmest ikke bør ha noen verdi, i et tilsvarende spørsmål, for Høyesterett i fremtiden, jf hans kommentar ”Det er kan hende symptomatisk at både Arbetsdomstolen og Københavns Byret kom til motsatte konklusjoner...”.¹⁸⁰

I utgangspunktet er det viktig å rubrisere diskrimineringen, da dette normalt sett har betydning for unntaksadgangens rekkevidde. Imidlertid kan det ikke være tvil om at dette får mindre betydning ved *alders*diskriminering, fordi begge diskrimineringsformene omfattes av samme unntaksadgang. Dette taler tvert om *for* at rubriseringen ikke er ment å ha noen avgjørende betydning for rettferdiggjørelsen i aldersdiskrimineringssaker. I samme retning trekker direktivtekstens fortale punkt 25, som fremhever at det kreves ”*særlige* bestemmelser” for aldersdiskrimineringsgrunnlagets vedkommende. I motsatt fall kan det, i en del tilfeller, ”føre til

¹⁷⁷ C-499/08

¹⁷⁸ Avsnitt 23

¹⁷⁹ Evju (2011) s. 2

¹⁸⁰ Dom nr. 37/11, s. 2

uheldige og utilsiktede konsekvenser”.¹⁸¹ Det finnes videre ingen klare holdepunkter, verken i lovforarbeider, rammedirektivet eller EU-domstolens praksis, for at rubriseringen er ment å skulle spille en rolle. Endelig er det sjeldent at aldersdiskriminering vil være annet en direkte på grunn av at alder i seg selv utgjør et visst antall fylte år.

Gitt spørsmålets prinsipielle karakter i diskrimineringsretten er det underlig at ikke Høyesterett tok standpunkt til dette i sin vurdering. Men å si at dette forholdet i seg selv gir grunnlag for å anse dommen som feil materielt sett, jf. uttrykket ”symptomatisk”, kan jeg ikke si at det gir.

Det er mindre god struktur i argumentasjon, når Høyesterett først slår fast at fordi kriteriet er så nært knyttet til alder så foreligger det aldersdiskriminering, for senere å unnlate å ta stilling til i hvilken form den viser seg. Etter min oppfatning bygger nemlig begrunnelsen seg på at sammenhengen mellom diskrimineringen og pilotenes alder viser seg i det ytre, altså direkte, jf. Andersen.¹⁸² Dermed blir det merkverdig at Høyesterett senere unnlater å ta stilling til diskrimineringsformen.

Formuleringen som førstvoterende bruker gir inntrykk av at konklusjonen er klar, jf. ”ikke er tvilsomt”. Etter mitt syn overskygges denne klarheten av manglende standpunkt til diskrimineringsform, og for det andre av at Arbetsrettsdomstolen i Sverige i et tilsvarende spørsmål ikke anså dette spørsmålet som like klart. Det skal imidlertid i sistnevnte sammenheng fremheves at de svenske saksøkerne i større utstrekning prosederte på diskrimineringsformen enn det ble gjort i den norske saken, og at dette kan være årsaken til at Arbetsdomstolen behandlet dette spørsmålet grundigere.

4.2.2.1.3 Formålsvurderingen.

Formålet med utvalgskriteriet var å komme frem til ”... hvilke arbeidstakere som en oppsigelse ville virke minst inngripende overfor”.¹⁸³ Formålet presiseres ”... som den enkeltes muligheter til forsørgelse etter en eventuell oppsigelse”.¹⁸⁴ Høyesterett rubriserer formålet inn under ”sosialpolitiske hensyn”, og legger til grunn at slike hensyn klart er tillatt i henhold til aml. § 15-7.¹⁸⁵ Med dette ligger formålet innenfor rammene av norsk rett, jf. art. 6 nr. 1.

¹⁸¹ Ot.prp. nr 104 (2002-2003) s. 42

¹⁸² C-499/08

¹⁸³ Avsnitt 85

¹⁸⁴ Avsnitt 86

¹⁸⁵ Avsnitt 86

Videre fastslås at det *uten tvil* er et legitimt formål.¹⁸⁶ Som nevnt utgjør *sosialpolitiske formål* som hovedregel gyldige formål. Høyesterett viser til konkrete avsnitt (67 og 68) i Petersen,¹⁸⁷ men bruker ikke EU-domstolens premisser aktivt. I Petersen¹⁸⁸ tok foranstaltningen sikte på å fremme sysselsettingen *blant de yngre*. Det må antas at Høyesterett, på tilsvarende måte som Arbetsdomstolen i Sverige (se nedenfor), resonnerer som følger. I og med at de yngre arbeidstakerne blir spart for oppsigelse, så unngår partene å sende dem ut i arbeidsløshet. Dermed er de med på å fremme sysselsettingen blant de yngre.

4.2.2.1.4 Forholdsmessighetsvurderingen.

Høyesterett tar utgangspunkt i forholdsmessighetskravet i aml. § 13-3 (2), og viser til lovforarbeider hvor det uttales at ”forskjellsbehandlingen må være nødvendig og hensiktsmessig”.¹⁸⁹ Formuleringen tilsvarer ordlyden i direktivteksten, og er et argument for at det norske forholdsmessighetskravet er ment å ha tilsvarende innhold som det EU-rettslige.

Høyesterett avgrenser kriteriet nærmere med grunnlag i lovforarbeidene, og får frem at det innebærer et proporsjonalitetskrav.¹⁹⁰ Det må altså foreligge proporsjonalitet mellom de midler som tas i bruk og det resultat som oppnås, og hvor det i denne sammenheng må vurderes ”... om målet kan nås på en måte som ikke bryter med ikke-diskrimineringsinteresser”.¹⁹¹

Etter min oppfatning legger Høyesterett her til grunn nødvendighetskravet, som både vil innebære en vurdering av hvorvidt formålet kunne vært oppnådd ved hjelp av mindre inngripende midler og en interesseavveining. I Andersen¹⁹² formuleres nødvendighetskravet som en vurdering av hvorvidt tiltaket ”går ud over det, der er nødvendig for at nå det formål, der forfølges af lovgiver”.¹⁹³ Vurderingsnormen presiseres noe nærmere når EU-domstolen uttaler i avsnitt 32, som er avsnittet Høyesterett viser til ”uden samtidig at foretage et for vidtgående indgrep i de legitime interesser” for de berørte arbeidstakerne.

Høyesterett unnlater å trekke inn hensiktsmessighetsvurderingen som også er et *nødvendig* element i forholdsmessighetskravet. At det gjelder et slikt *nødvendig hensiktsmessighetskrav*

¹⁸⁶ Avsnitt 86

¹⁸⁷ C-341/08

¹⁸⁸ C-341/08

¹⁸⁹ Avsnitt 88, Ot.prp. nr 104 (2002-2003) s. 41

¹⁹⁰ Avsnitt 88

¹⁹¹ Avsnitt 88, Ot.prp. nr 104 (2002-2003) s. 41

¹⁹² C-499/08

¹⁹³ Avsnitt 36.

fremkommer ikke uttrykkelig av norsk lovtekst eller norske lovforarbeider. Imidlertid fremkommer det direkte i direktivtekstens art. 6 nr. 1 og det er lagt til grunn i EU-domstolens praksis, jf. det jeg tidligere har nevnt i kapittel 3.3.2.2.2. På dette punkt skiller rettsavgjørelsen seg fra den svenske, se nedenfor.

Dette innebærer således at det etter den EU rettslige unntaksadgangen, jf. art. 6 nr. 1 ikke er tilstrekkelig kun å vurdere nødvendighet, men at også middelets hensiktsmessighet må vurderes. På bakgrunn av hvilken betydning det EU rettslige aldersdiskrimineringsvernet har i norsk rett, så kan det være grunn til å anse denne utelatelsen som svak anvendelse av det EU-rettslige diskrimineringsvernet.

En stor del av EU-domstolens praksis omhandler aldersgrensespørsmål. Problemstillingen som gjør seg gjeldende i en utvelgelsessituasjon skiller seg fra aldersgrense sakene ved at arbeidsgiver er tvingende nødt til å foreta en prioritering av arbeidstakerne. Således ”... må vurderingen nødvendigvis bli preget av hva som er alternativet til å si opp de pilotene som har nådd pensjonsalder”.¹⁹⁴

I denne sammenheng vil jeg vise til hva Arbetsdomstolen uttaler om denne omstendighet:

”Det är inte svårt att förstå ... så framstod den valda lösningen som den minst ingripande för kabinkollektivet som helhet ... Vid bedömningen måste *dock* beaktas att uppsägningarna ... varit åldersdiskriminerande och att särbehandlingen, för att vara tillåten, måste anses objektivt motiverad” (min uth.).¹⁹⁵

Allerede her ligger det i kortene at domstolene er på vei i ulike retninger.

Høyesterett går så over til en konkret vurdering.

Det tillegges en viss vekt at utvalgskriteriet har grunnlag i en kollektiv avtale hvor arbeidstakerforeningen representerte mer enn 95 % av pilotene i SAS.¹⁹⁶ Argumentet går ut på at da vil Høyesterett vise varsomhet med overprøvingen.

¹⁹⁴ Avnitt 90

¹⁹⁵ Dom nr. 37/11, s. 33

¹⁹⁶ Avsnitt 93.

Høyesterett foretar en interesseavveining, hvor de konkrete ulemper pilotene påføres som følge av oppsigelsene skal avveises mot de fordeler som samfunnet og de mennesker, som inngår i det, oppnår.

Den *økonomiske situasjonen* som de oppsagte pilotene befinner seg i etter oppsigelsen står helt sentralt for Høyesteretts konklusjon. Førstvoterende trekker frem at det her er tale om *meget gunstige* pensjonsordninger.¹⁹⁷ Til tross for at seks av pilotene hadde avkortning i pensjonen på grunn av manglende opptjeningstid var det tale om *betydelige* pensjonsytelser.¹⁹⁸ Førstvoterende legger til grunn at denne omstendigheten kan veie tungt i forholdsmessighetsvurderingen, og viser til konkrete avsnitt i Rosenbladt¹⁹⁹ og Palacio²⁰⁰. Dommene brukes imidlertid ikke aktivt i premissene. I begge sakene var det tale om automatisk opphør av ansettelseskontraktene ved oppnådd aldersgrense. Aldersgrensen var hjemlet i en tariffavtale, som igjen hadde sitt grunnlag i en nasjonal lovbestemmelse. Det rettslige poenget er at bestemmelsene ikke utelukkende hvilte på en bestemt alder men tok likeledes hensyn til arbeidstakerens opptjente "... ret til en økonomisk kompensasjon ved hjelp af en erstatningsindkomst i form af en pension ...".²⁰¹ I Palacio²⁰² fikk omstendigheten avgjørende betydning og i Rosenbladt²⁰³ hadde det stor betydning for resultatet. Dette hensynet trekkes også frem i Hörnfeldt,²⁰⁴ som for øvrig ikke var avsagt ennå.

For øvrig understreker Høyesterett (avsnitt 98) at pilotene ikke er forhindret fra å søke ny jobb, jf. Rosenbladt²⁰⁵ avsnitt 75-76, hvor forholdet hadde stor betydning. De tyske domstolene var i tvil om foranstaltningens nødvendighet da ansettelsens opphør innebar et betydelig økonomisk tap. Til dette sier EU-domstolen at foranstaltningen må ses "... på bakgrunn av den sammenheng, som den inngår i ...".²⁰⁶ Sammenhengen er den at ingen av bestemmelsene verken hindrer piloten i å fortsette i arbeidslivet etter oppnådd pensjonsalder, eller begrenser vedkommendes krav på beskyttelse mot aldersdiskriminering i forbindelse med søknad på ny jobb.²⁰⁷

¹⁹⁷ Avsnitt 95

¹⁹⁸ Avsnitt 97.

¹⁹⁹ C-45/09

²⁰⁰ C-41/05

²⁰¹ Rosenbladt (C-45/09)

²⁰² C-411/05

²⁰³ C-45/09

²⁰⁴ C-141/11 avsnitt 42

²⁰⁵ C-45/09

²⁰⁶ C-45/09 avsnitt 73

²⁰⁷ C-45/09 avsnitt 74 og 75

Pilotene forsøkte å argumentere med at arbeid har en egenverdi utover den rent økonomiske, og at dette forholdet må trekkes inn i den konkrete avveiningen som et *tap* som påføres de oppsagte. Høyesterett legger ikke dette hensynet særlig vekt i og med at pilotene uansett ville ha måtte gått av ved fylte 65 år, og at de nesten hele sin yrkeskarriere har måtte kunne sies å være innstilt på å gå av ved fylte 60 år, i det aldersgrensen for norske piloter ble hevet til 65 år først i 2005.²⁰⁸

I nødvendighetskravet står det, som nevnt før, sentralt å spørre hvorvidt målsettingen kunne vært oppnådd med mindre inngripende midler. Alternativet kunne vært å velge ut fra ansienitetsprinsippet slik at det var de yngre arbeidstakerne som ville blitt oppsagt. Om dette legger Høyesterett til grunn at det på oppsigelsestidspunktet var vanskelig for piloter å få ny jobb, og dermed var risikoen stor for å sende de yngre pilotene ut i arbeidsløshet.²⁰⁹ Ikke nok med det, men arbeidsløsheten kunne bli langvarig.²¹⁰ ”Høsten 2008 hadde det inntrådt *en finanskris*e, og det var vanskelig å forutsi hvor lenge denne ville vare” (min uth.).²¹¹ Dette kunne resultere i ”... store yrkesmessige og økonomiske konsekvenser...” for de yngre pilotene, som følge av *tap av flysertifikatet*.²¹² Det fremgår av dette at et slikt alternativ var nesten ikke eksisterende. Etter min fortolkning er det dette forholdet som blir avgjørende for Høyesterett. Jeg kommer nærmere tilbake til dette.

Høyesterett anser det heller ikke som et alternativ å si opp piloter med rett på førtidspensjoning, da det ville ha ført til betydelige reduksjoner i besparelsene hos SAS.²¹³

Høyesterett fant at tariffordningen, som innebar at pilotene med rett på alderspensjon fra SAS ble oppsagt, ikke var uforholdsmessig inngripende overfor de eldre pilotene som ble oppsagt.

4.2.2.1.5 Dommens rekkevidde.

Høyesterett begrunnelse er i stor grad *konkret begrunnet* og de forhold som tillegges stor betydning kan karakteriseres som *spesielle*. Det foreligger *særlige sosiale forhold for de yngre pilotene*. Finanskrisen forelå på oppsigelsestidspunktet. Dette innebærer dårligere samfunnsøkonomi og ofte høyere arbeidsledighet. I tråd med dette anså førstvoterende det som vanskelig for de yngre arbeidstakerne å finne seg en ny jobb, jf. det svake arbeidsmarkedet, samt *stor*

²⁰⁸ Avsnitt 99

²⁰⁹ Avsnitt 100

²¹⁰ Avsnitt 102

²¹¹ Avsnitt 102

²¹² Avsnitt 100

²¹³ Avsnitt 104

risiko for vedvarende arbeidsløshet. Det spesielle er at langtids arbeidsløshet for *piloter* kan få ikke bare økonomiske men også yrkesmessige konsekvenser, som tap av flysertifikat. Med dette blir begrunnelsen bak prioriteringen særlig tungtveiende.

For det andre var alle de oppsagte pilotene godt økonomisk sikret gjennom pensjonen. I økonomisk forstand kan det nærmest sies at de ikke påføres ulemper.

Hvilke av disse to omstendighetene som var avgjørende fremkommer ikke klart av domspremissene. Jeg anser det mest nærliggende at de yngre pilotenes særlige sosiale forhold har utgjort tungen på vektskålen. Høyesterett understreker nemlig at forholdsmessighetsvurderingen nødvendigvis preges av "... hva som er alternativet til å si opp de pilotene som har nådd pensjonsalder".²¹⁴ En slik forståelse kan for det første bety at resultat ville blitt det samme selv om de eldre pilotene ikke var like godt økonomisk sikret. Holdepunktene er imidlertid ikke tilstrekkelig for å legge en slik overføringsverdi til grunn. For det andre ville det bety at Høyesterett vanskelig kunne komme til samme resultat om de unge pilotenes særlige spesielle forhold tenkes bort. Med andre ord vil ikke dommen da gi grunnlag for å si at det er tillatt å velge bort pensjonsberettigede arbeidstakere kun forutsatt at de er sikret ikke ubetydelige pensjonsinntekter. Det kan synes som om Høyesterett, med denne fremhevelsen, har nettopp hatt dette i tankene: en slik mulig rettsnorm vil ikke gi et tilstrekkelig aldersdiskrimineringsvern som oppfyller det EU-rettslige. To steder fremheves forskjellighetene mellom aldersgrense saker og utvelgelsessituasjoner. I avsnitt 73 påpekes at dette "... kan få en vis betydning ved forholdsmessighetsvurderingen...", ved at vurderingen må ta opp i seg "... hva som er alternativet til å si opp de pilotene som har nådd pensjonsalder", jf. avsnitt 90. Mitt poeng er som følger: førstvoterende ser at det gjør seg gjeldende en vesentlig forskjellighet mellom aldersgrense saker og utvelgelsessaker. Aldersgrenser i arbeidslivet er nemlig allment utbredt, og eldre arbeidstakere må anses for å være forberedt på dagen hvor de tvinges ut i pensjon. Således må de kunne sies å ha hatt god tid til å planlegge sin pensjon og privatøkonomi. Denne viktige forskjellen gjør at Høyesterett ikke uten videre kan bruke EU-domstolspraksis tilknyttet aldersgrense saker som direkte begrunnelse for at det i denne saken er lov å forskjellsbehandle de eldre pilotene. En slik forståelse har de ansett for å utgjøre et svakere aldersdiskrimineringsvern enn det EU-rettslige.

Dommen har overføringsverdi hvor like spesielle forhold gjør seg gjeldende med hensyn til tunge sosiale forhold for de yngre arbeidstakernes side på den ene siden og meget gode pensjonsinntekt på den andre siden.

²¹⁴ Avsnitt 90

Dommen gir *ikke* rettslig grunnlag for å konkludere med at pensjonsberettigelse kan være avgjørende for utvelgelsen forutsatt at pensjonen er ikke ubetydelig.

4.2.3 Fremmed rettspraksis.

4.2.3.1 *Den svenske rettsavgjørelsen.*²¹⁵

4.2.3.1.1 *Saksforholdet, rettsspørsmålene og rettslig standpunkt.*

Det forelå en nedbemanningssituasjon i SAS våren 2010. Utvelgelseskretsen var kabinansatte. I en overenskomst mellom SAS og kabinpersonellets fagforening ble det blant annet avtalt at de av kabinpersonellet som var ”pensionsberättigade”, i henhold til avtalepartenes gjellende pensjonsoverenskomst, skulle sies opp. I mai 2010 ble 49 sagt opp. Av disse henvendte 25 stykker seg til Diskrimineringsombudsmannen (DO), som på deres vegne bestred oppsigelsene som usaklige som følge av ulovlig aldersdiskriminering, jf. anställningsskyddslagen²¹⁶ § 7 og diskrimineringslagens²¹⁷ 2 kap. 2 § 4.

4.2.3.1.2 *Svenske lovregler.*

I svensk rett kreves det på tilsvarende måte saklig grunn for oppsigelse, jf. anställningsskyddslagen § 7. Nedbemanning anses normalt sett for å være saklig grunn.

Den 01.01.09 trådte diskrimineringslagen i kraft, og med loven ble aldersdiskrimineringsforbudet innført i arbeidslivet.²¹⁸ Loven gjennomfører delvis rammedirektivet (2000/78/EG).²¹⁹ Unntaksbestemmelsen presiserer at forbudet ikke er til inder for ”särbehandling på grund av ålder, om den har ett *berättigat syfte* och de medel som används är *lämpliga och nödvändiga* för att uppnå syftet” (min uth.), jf. diskrimineringslagen § 2 kap. 2 § 4, jf. rammedirektivets art. 6 nr. 1.²²⁰

Videre finnes det en såkalt 67 års regel i svensk rett som innebærer *en rett* for enhver arbeidstaker til å stå i stilling til fylte 67 år, jf. anställningsskyddslagen § 32 a. Bestemmelsen gjelder

²¹⁵ Arbetsdomstolens dom av 04.05.11 med saksnummer 37/11

²¹⁶ Lag om anställningsskydd av 24. februar 1982

²¹⁷ Diskrimineringslagen av 5. juni 2008

²¹⁸ S. 20

²¹⁹ S. 21

²²⁰ S. 20

absolutt jf. § 2, og innebærer forbud mot å avtale aldersgrenser med *plikt* til å forlate arbeidet lavere enn 67 år.²²¹

4.2.3.1.3 Direkte eller indirekte diskriminering.

Arbetsdomstolen konstaterer først at de oppsagte arbeidstakerne, *med oppsigelsen* settes i en mindre gunstig posisjon sammenliknet med arbeidstakerne, i samme utvelgelseskrets, som fikk fortsette i SAS. Dermed foreligger det diskriminering i diskrimineringslagens forstand.²²²

Arbetsdomstolen behandler dernest spørsmålet om diskrimineringsform. Det vises i domspremissenes form og innhold at behandlingen er grundig. De påpeker at det ikke fremkommer av begrepet ”pensjonsberettiget” *i seg selv* at det er de eldre arbeidstakere som omfattes. Imidlertid skal man ikke gå lengre enn til pensjonsoverenskomsten før det trer frem at arbeidstakerne som omfattes er de med fylte 60 år. Arbetsdomstolen legger avgjørende vekt på Andersen,²²³ og kommer frem til at utvalgskriteriet utgjør direkte diskriminering.

I den saken behandlet EU-domstolen spørsmålet om hvorvidt en dansk lovbestemmelse som fratok en arbeidstakers rett til sluttvederlag ved opphør av ansettelseskontrakten innebar lovlig forskjellsbehandling. Poenget var at lovbestemmelsen bestemte at dersom den som fikk sitt ansettelsesforhold opphørt hadde *rett til å få utbetalt alderspensjon*, så hadde ikke vedkommende rett til sluttvederlag. Kriteriet for hvem som hadde en slik rett var aldersbestemt og fulgte av tariffavtale. Dermed ser vi at forholdene ligger nærme de som gjør seg gjeldende i SAS sakene i Norge, Sverige og Danmark. Diskrimineringen viser seg ikke direkte i vilkåret. I så måte kan det argumenteres med at vilkåret i seg selv fremstår som nøytralt, men rent faktisk har som virkning at eldre diskrimineres, og dermed utgjør indirekte diskriminering. Imidlertid uttaler EU-domstolen at kriteriet som brukes er *uløselig tilknyttet* arbeidstakerens alder, og dermed innebærer direkte diskriminering.²²⁴

4.2.3.1.4 Formålsvurderingen.

Av forhandlingsprotokollen fremkommer det at ordningen ble valgt ettersom de ”pensjonsberättigade” hadde sitt *livsopphold sikret*. SAS påberopte videre at med den valgte ordningen *fikk hele kabinpersonalet* sitt livsopphold sikret.

²²¹ S. 23

²²² S. 24

²²³ C-499/08

²²⁴ Avsnitt 23

Domstolen konkluderer med at formålet er å anse som ”berättiget”. De legger til grunn at motivet for utvelgelseskriterium er av *allmenn interesse* ved at ordningen, som fremmer sysselsetting, utgjør en del av alminnelig svensk sysselsettingspolitikk. Det er sysselsettingen blant de yngre som fremmes. Ved at de får fortsette i arbeidet så unnlater man å sende de ut i arbeidsledighet.

4.2.3.1.5 Forholdsmessighetsvurderingen.

Arbetsdomstolen vurderer først hensiktsmessighetskravet.²²⁵ Domstolen kommer til at tariffavtaleordningen *ikke* har vært ”lämplig” for å nå det påberopte formålet.²²⁶ Utvelgelseskriteriet betraktes *reelt sett* som en aldersgrense med fratredelsesplikt ved fylte 60 år.²²⁷ Etter svensk rett vil en aldersgrense på 60 år vært ugyldig, jf. anställningsskyddslagen § 32 a,²²⁸ og det jeg har nevnt ovenfor. Mot denne bakgrunn, fremstår ikke oppsigelsene som hensiktsmessige (akseptable) da de i realiteten står i strid med formålet og innholdet i 67 års-regelen.²²⁹

Arbetsdomstolen stopper ikke med dette. De anser utvelgelseskriteriet som et alt for inngripende tiltak.²³⁰ Manglende nødvendighet blir således en selvstendig begrunnelse for deres standpunkt om at det foreligger ulovlig forskjellsbehandling.

De ansatte anså seg som nødt til å fortsette å jobbe til tross for alderspensjonsretten.²³¹ Arbetsdomstolen legger dermed til grunn at de oppsagte ikke ønsket å avslutte arbeidsforholdet.²³² Dette viser at utvelgelseskriteriet rammer *både* de som foretrekker å ta i bruk pensjonen *men også* arbeidstakere som ønsker å fortsette arbeidsforholdet. Arbetsdomstolen bruker Andersen,²³³ hvor EU-domstolen kom frem til at lovbestemmelsen gikk utover hva som var nødvendig fordi det *ikke ble tatt hensyn til hvorvidt arbeidstaker ønsket å gå av med pensjon eller faktisk ønsket å fortsette å arbeide*.²³⁴ Med andre ord rammer bruken av utvelgelseskriteriet for bredt, og gjør dermed et uforholdsmessig inngrep i denne gruppens legitime interesser. Arbetsdomstolen fastslår videre at forskjellsbehandlingen ikke lar seg rettfærdiggjøre ut fra de konkrete omstendighetene. SAS har nemlig ikke reelt sett ivare tatt de oppsagtes legitime in-

²²⁵ S. 33

²²⁶ S. 35

²²⁷ S. 34 og 35

²²⁸ S. 34

²²⁹ S. 34

²³⁰ S. 34 og 35

²³¹ S. 34

²³² S. 34

²³³ C-499/08

²³⁴ Avsnitt 41 og 47

teresser da det var ubestridt at de oppsagte arbeidstakerne på forhånd ikke ble spurt hvorvidt de ønsket å benytte seg av retten til alderspensjon.²³⁵

4.2.3.1.6 Dommens rekkevidde.

Arbetsdomstolen begrunner sitt standpunkt *både* på grunnlag av hensiktsmessighetskravet og nødvendighetskravet. Hensiktsmessighetsbegrunnelsen er spesiell i og med at svensk rett oppstiller et absolutt forbud mot å avtale aldersgrenser i arbeidslivet. Noe tilsvarende gjelder ikke i Norge. Etter premissene i forholdsmessighetsvurderingen å dømme kan det imidlertid synes som dommen er mer prinsipiell.

Det ligger implisitt i domspremissene at størrelsen på pensjonen har vært lav, da de oppsagte, sett i lys av sin økonomi, anser seg, til tross for deres pensjon, som nødt til å jobbe.²³⁶ Det synes noe usikkert hvilken betydning dette har hatt. Det kan spørres om det er grunn til å tro at domstolen ville konkludert på samme måte dersom det var tale om en annen yrkesgruppe med rett på vesentlig større pensjon. Jeg tror det.

Det er grunn for å anføre at Arbetsdomstolen ikke ønsker tillatte for noen arbeidsgivere å velge bort pensjonsberettigede arbeidstakere uansett pensjonens størrelse. For det første, i deres anvendelse av Andersen,²³⁷ fremheves at lovbestemmelsen det der var tale om ikke tok hensyn til hvorvidt arbeidstaker ønsket å heve pensjonen eller ønsket å fortsette å jobbe.²³⁸ I dette resonnementet ligger det altså ingen økonomiske betraktninger, og taler derfor for at dette ikke har noen betydning. For det andre uttales det ”På *samma sätt* som EU-domstolen fann i Andersen-målet framstår SAS åtgärd att säga upp *samtliga* pensionsberättigade som en allt för ingripande åtgärd” (min uth.).²³⁹ Dette trekker i retning av at det *ikke* er kabinpersonellens svake pensjon som har hatt avgjørende betydning. Det er heller det at SAS har skåret alle pensjonsberettigede under en kam, ut fra en antagelse om at eldre normalt sett ønsker pensjon fra det tidspunkt de har rett på det, som er avgjørende for at Arbetsdomstolen finner kriteriet som uforholdsmessig inngripende. I tråd med dette fremhever de at SAS ikke avklarte med kabinpersonellet hvilke ønsker de hadde.²⁴⁰ Det hadde seg nettopp slik at arbeidstakerne i saken faktisk ønsket å fortsette å jobbe.²⁴¹

²³⁵ S. 34

²³⁶ S. 34

²³⁷ C-499/08

²³⁸ S. 34

²³⁹ S. 34

²⁴⁰ S. 34

²⁴¹ S. 34

Disse forholdene trekker i retning av at det er retten til å arbeide *i seg selv* som vernes.

Imidlertid kan det spørres hvilken betydning det har at Arbetsdomstolen betrakter kabinpersonellet som arbeidsløse.²⁴² Spørsmålet har betydning for hvorvidt det er kabinpersonellens økonomi eller deres ønske om å fortsette å jobbe som er avgjørende for resultatet. Poenget mitt er hvorvidt domstolen kan bygge på et slikt *resonnement* dersom de står overfor en arbeidstakergruppe med rett på høy pensjonsinntekter. Dette igjen har betydning for rekkevidden av dommen: er det arbeidstakernes økonomi som beskyttes eller deres mer prinsipielle ønske om å fortsette å jobbe?

Konklusjonen min er at det er den ideelle verdien som ligger i å jobbe som vernes. De oppsagte betraktes nemlig ikke som arbeidsløse fordi de selv anser seg som nødt til å jobbe. Årsaken er nemlig det at de *ønsker* å fortsette å jobbe.²⁴³ Det kan innvendes at jo, men de bakenforliggende årsakene for ønske om å jobbe ligger i de lave pensjonsinntektene. For det andre kan det innvendes, dersom dette forholdet ikke hadde betydning, hvorfor nevne det i premisene da. Hvorfor ikke bare nøye seg med å fremholde at de oppsagte har i saken oppgitt ønske om å fortsette å jobbe.

4.2.3.2 *Analyse og vurdering av den danske rettsavgjørelsen.*²⁴⁴

Saken dreide seg om oppsigelse av 5 piloter i SAS. Oppsigelsene kom som følge av behov for nedbemanning. I forbindelse med forhandlingene mellom SAS og pilotenes fagforeninger kom man til enighet om å ta hensyn til at en gruppe piloter var økonomisk sikret gjennom rett til pensjon.²⁴⁵ Dermed var det denne gruppen som ble oppsagt.

Det var enighet mellom partene *at* det ved oppsigelsen hadde skjedd direkte diskriminering på grunn av alder.²⁴⁶ Det rettslige grunnlaget for dette fant man i Andersen saken.²⁴⁷ Spørsmålet i saken dreide seg derfor *om* de oppsagte skulle tilkjennes en økonomisk godtgjørelse for forskjellsbehandlingen, og i så fall størrelsen på denne.²⁴⁸ Domstolen påpeker at spørsmålet be-

²⁴² S.34

²⁴³ S. 34

²⁴⁴ Østre Landsret dom av 13.04.12 med saksnummer B-1271-11

²⁴⁵ S. 12

²⁴⁶ S. 12

²⁴⁷ S. 10

²⁴⁸ S. 12

ror på overtredelsens *grovhet*.²⁴⁹ Ved denne vurderingen skal det tas hensyn til *bakgrunnen* for forskjellsbehandlingen og den "*krænkelse*" som måtte være påført de oppsagte pilotene" (min uth).²⁵⁰ Dermed ser vi at vurderingsnormen for spørsmålet om godtgjørelse på samme måte innehar de samme elementene som for spørsmålet om hvorvidt det foreligger lovlig eller ulovlig forskjellsbehandling. Domstolen må på tilsvarende måte vurdere forholdsmessigheten mellom forskjellsbehandlingens formål og resultat.

På tilsvarende måte som i Norge og Sverige, ble det valgte utvelgelseskriteriet ansett som den minst inngripende måten å løse overtalligheten på, "... idet baggrunden for kriteriene var et ønske om at tage sociale hensyn til yngre piloter, der havde stiftet familie m.v...".²⁵¹ Dernest går domstolen over til å se på tapene pilotene er påført. De legger vekt på at pilotene ville få betydelige vanskeligheter med å finne nytt arbeid. Pilotene hadde ikke "... realistiske muligheter for at finde andet arbejde...".²⁵² Dette blir avgjørende for domstolen i det de kommer til at pilotene tilkjennes erstatning. For Høyesteretts vedkommende ble det lagt vekt på at pilotene ikke var forhindret fra å finne seg et nytt arbeid, og ble dermed et argument *for* at forskjellsbehandlingen var lov. Den kan imidlertid spørres hvor godt argumentet til Høyesterett er, tatt i betraktning de eldre pilotenes reelle muligheter for å skaffe seg nytt arbeid. Pilotene har, på grunn av pliktig fratredelse ved fylte 65 år, ikke mange år igjen hvor de kan utføre sitt yrke. For det andre synes det som, innenfor luftfarten, at det foreligger restriksjoner med hensyn til hvilke flygninger piloter over 60 år kan utføre.²⁵³ Disse forholdene byr på atskillige utfordringer i søknadsprosess. Vanskeligheten er etter mitt skjønn såpass betydelige at argumentet som Høyesterett anfører vanskelig kan tas i betraktning som et argument for å tillate forskjellsbehandling. Det trekker snarere i motsatt retning, jf. slik som den danske domstolen bruker det.

Fra en av saksøkerne ble det anført at han ikke kunne "... genkende, at han skulle være økonomisk velpolstret pga. pensionen".²⁵⁴ I forbindelse med erstatningsutmålingen går ikke domstolen inn på pensjonens størrelse, og hvilken betydning den eventuelt skal ha. Fordi pilotene måtte sies nesten gjennom hele sitt arbeidsliv å ha vært innrettet på at de måtte tre ut av arbeidslivet ved fylte 60 år. Det var først fra 2005 at den pliktige aldersgrensen ble satt opp.

²⁴⁹ S. 12

²⁵⁰ S. 12

²⁵¹ S. 12

²⁵² S. 12

²⁵³ S. 2

²⁵⁴ S. 5

Dermed måtte pilotene i stor grad sies å ha ”... indrettet deres pensionsopsparing og privatøkonomi på, at de skulle pensioneres som 60 årige”.²⁵⁵

Fra en annen blir det anført at oppsigelsen innebærer en uverdigg avslutning på arbeidslivet, blant annet på grunn av vedkommende ikke har fått utført sin siste flygning som av piloter blir sett på som en spesiell opplevelse.²⁵⁶ I sammenheng med dette tar domstolen i betraktning at det allerede i 2006 ble tariffavtalt at piloter med rett på alderspensjon skulle i tilfelle overtallighet utgjøre det avgjørende utvelgelseskriterium. Med andre tillegges det betydning at pilotene har vært forberedt på at dette kunne skje. Dette får betydning for størrelsen på erstatningen.

4.2.4 Reelle hensyn.

I hvilken utstrekning kan en generell rettsregel, om at det utgjør lovlig forskjellsbehandling å si opp eldre arbeidstakerne forutsatt at disse har rett på alderspensjon, anses som god? Vurderingen blir om en slik regel, heretter benevnt som pensjonsutvelgelse, kan rettferdiggjøres i diskrimineringsrettslig forstand.

Vurderingen tar utgangspunkt i at arbeidsgiver tar sikte på å fremme sysselsettingen blant de yngre arbeidstakerne i arbeidsstokken. Dette er, som vist i de ovenfor nevnte sakene, klart et legitimt formål. Jeg vil presisere at for situasjonen som vurderes så gjør det seg ingen særlige spesielle forhold gjeldende for de yngre arbeidstakerne. Det er tale om at arbeidsgiver på *generelt grunnlag* ønsker å hindre fremtidig arbeidsløshet for de yngre arbeidstakerne der hvor de eldre arbeidstakerne har rett på alderspensjon.

At vedkommende arbeidstaker er pensjonsberettiget innebærer ikke noe mer enn en *rett* til å motta alderspensjon. Forutsatt at arbeidstaker utfører et tilfredsstillende arbeid og det for øvrig ikke foreligger noen aldersgrenseregulering, har vedkommende tvert i mot rett til å jobbe frem til fylte 70 år, jf. aml. § 15-13 a.

Formålet med direktivet er i størst mulig grad å sikre alle arbeidstakere like rettigheter og lik behandling, jf. rammedirektivets art. 1 og aml. § 1-1 bokstav b. Ved å tvinge de eldre arbeidstakerne ut av ansettelsesforholdet krenkes deres rett til å arbeide. For det andre vil det stride mot så vel felles europeiske som norske politiske målsettinger om å få flere eldre til å stå lengre i arbeid, jf. rammedirektivets fortale pkt 8 og blant annet St.meld. nr 6(2006-2007) side

²⁵⁵ S. 13

²⁵⁶ S. 4

5. Et stort poeng med aldersdiskrimineringsforbudet som rettslig virkemiddel er nettopp å bidra til å endre de allmenne holdningene i arbeidslivet. Fra å bli sett på som et problem til å bli ansett som en ressurs. Ved ubetinget å tillatte at de eldre kan tvinges ut av arbeidslivet ut fra bare den tanke om at de er økonomisk sikret, så gir dette dårlige signaleffekter med hensyn til den reelle betydningen av de ovenfor nevnte verdiene.

Konsekvensen kan bli at det generelt sett *gjøres lettere* for arbeidsgivere å kvitte seg med eldre arbeidstakere.²⁵⁷ I den forstand at pensjonsutvelgelse innebærer en ytterligere uthuling av aldersdiskrimineringsforbudet ved at arbeidsgiver i flere situasjoner får lov til å forskjellsbehandle på grunn av alder. Mot dette kan anføres at så fremt tungtveiende grunner gjør seg gjeldende, så kan forskjellsbehandlingen la seg forsvare.

I forhold til de arbeidstakere som berøres så er pensjonsutvelgelsen ikke forventet. Oppsigelsen vil således kunne gripe inn i arbeidstakerens langsiktige planer om pensjonsoppsparing, privatøkonomi og fremtidige jobbmuligheter. Dette er viktige hensyn som taler i mot å tillate pensjonsutvelgelse.

Mot dette kan anføres at hensynet kan ivaretas dersom arbeidstakeren gjøres kjent med ordningen, seg være gjennom lovbestemmelse eller i tariffavtale. I denne sammenheng vil jeg minne om at det av Østre Landsrett ble tillagt vekt at det i 3 år hadde stått klart for arbeidstaker at i tilfelle overtallighet ville vedkommende være den som fikk oppsigelse.

Videre kan det anføres at hensynet ikke gjør seg gjeldende like sterkt dersom pensjonsutvelgelse begrenses til tilfeller hvor det foreligger *ikke ubetydelig pensjonsinntekter*. Imidlertid er det problematisk at det blir opp til domstolene å gå den nærmere grensegangen mellom hvilke konkrete beløp som er beskyttelsesverdige eller ikke. Domstolene er generelt sett ofte forsiktige med å knytte konkrete beløp til sine vurderinger, fordi de anser dette som en politisk oppgave og fordi en slik regel fort kan bli for stiv ved bruk slik at den begrenser mulighetene for konkret rimelighet. Dette er retsteknisk uheldig. Dette kan kanskje være de bakenforliggende årsaker til at EU-domstolen tilsynelatende har vendt ryggen til tilsvarende vurderinger (se kapittel 4.2.5).

En tvangspensjonering på bakgrunn av arbeidstakers rett på alderspensjon kan innebære en omgåelse av aldersgrensereglene. Imidlertid kan dette unngås ved å si at forskjellsbehandlingen i utvelgelsessituasjonene må legges seg på samme aldersnivå (rekkevidde) som i aldersgrensesituasjonene.

²⁵⁷ Dagens næringsliv (2010)

Det kan ligge skjulte motiver til grunn for pensjonsutvelgelse ved at det er ønskelig å si opp de eldre arbeidstakerne da de ofte kan representere høyere utgifter i bedriften. Dette forholdet sett i sammenheng med argumentet om at det gjøres lettere for arbeidsgiver å kvitte seg med eldre, taler i sterk grad mot at en slik forskjellsbehandling tillates.

Til slutt vil jeg anføre at pensjonsutvelgelse som oftest vil hvile på bedriftsinterne økonomiske hensyn. Ved en nedbemanning er det én enkelt bedrifts behov som står i fokus. Pensjonsutvelgelsen kan derfor ikke i slike tilfeller betraktes som en del av en større politisk, økonomisk og sosiale samfunnsmessig rolle. Bruken av pensjonsutvelgelse blir ikke uten videre samfunnsmessige nødvendig. Unntaksvis *kan* de imidlertid være det, jf. SAS.²⁵⁸ Jeg mener at det er viktig å vurdere dommen i en samfunnsmessig rolle. Oppsigelsene skjedde under finanskrisen inntreden med dårlige økonomi og høyere arbeidsledighet, sml. Arbetsdomstolen som ikke nevnte tilsvarende forhold. Oppsigelsene der skjedde i juni 2010, hvor finanskrisen på det tidspunkt var avblåst.²⁵⁹ Dermed blir mitt poeng at disse omstendighetene gjør pensjonsutvelgelse til en del av et større samfunnsmessig bilde, og som dermed gjør begrunnelsen for å si opp de eldre pensjonsberettigede arbeidstakerne betydelig mer tungveiene.

Dette gir, slik jeg ser det, grunn til tilsvarende løsning *uavhengig av yrkesgruppe*. Poenget mitt da blir at det ikke må kreves like alvorlige konsekvenser som det innebar for pilotene i høyesterettssaken: som tap av flysertifikatet. Men at rene økonomiske konsekvenser for de yngre arbeidstakerne som følge av *langvarig* arbeidsledighet er tilstrekkelig. Yngre arbeidstakere vil som oftest ha større gjeldsbyrde sammenliknet med de eldre, slik at det vil være en samfunnsmessig fordel å la de yngre få fortsette sitt arbeid. De eldre arbeidstakerne vil ofte ha et større økonomisk spillerom.

Etter mitt skjønn det rettferdiggjøres at arbeidsgiver legger vekt på pensjonsberettigelse når begrunnelsen for å fremme de yngre sysselsettingsmuligheter knyttes til et større samfunnsmessig behov - i hvert fall når de er *sikret ikke ubetydelige pensjonsinntekter*

Videre kan det spørres om kan forsvares *uavhengig av pensjonens størrelse*. Jeg er tilbøyelig til å svare nei til dette. De eldre vil ha et like stort behov som de yngre for å beholde jobben. For det andre vil eldre arbeidstakere normalt sett ha større vanskeligheter med å finne ny jobb, og kanskje spesielt i et hardt presset arbeidsmarked. Slik at oppsigelsen i realiteten vil inne-

²⁵⁸ Rt.2011 s.609

²⁵⁹ Store norske leksikon (b)

bære en tvungen aksept til å pensjonere seg, da det ikke er realistisk at vedkommende vil klare å finne ny jobb.

4.2.5 EU-domstolens praksis

Palacio,²⁶⁰ Rosenblatt²⁶¹ og Hörnfeldt²⁶² blir et *argument for* å si at det er lov for arbeidsgiver i en overtallighet å velge bort de eldre arbeidstakerne som har rett på alderspensjon. I disse sakene hadde det, som nevnt, nemlig betydelig vekt at foranstaltningen ikke hvilte på høy alder i seg selv, men tok hensyn til arbeidstakerens rett på alderspensjon. De to førstnevnte hadde stor betydning for Høyesteretts resultat. Hörnfeldt²⁶³ hadde på det tidspunkt ikke blitt avsagt ennå.

I disse sakene synes EU-domstolen å legge seg på en *lempelig linje* i den forstand at forskjellsbehandlingen tillates i stor utstrekning. Størrelsen på alderspensjonen tillegges liten, nærmest ingen, vekt. I Palacio²⁶⁴ uttales det at *nivået* på alderspensjonen spiller en rolle.²⁶⁵ Etter min fortolkning synes det som EU-domstolen har gått bort fra et slikt kriterium. I Rosenblatt²⁶⁶ tas ikke en slik vurdering opp. Den tyske domstolen uttrykker tvil om aldersgrensens nødvendighet sett i lys av de *betydelige økonomiske tap* opphøret har for arbeidstaker. Etter mitt skjønn følger usikkerhet av `nivåvilkåret` som ble satt opp i Palacio.²⁶⁷ EU-domstolen går ikke inn på arbeidstakerens økonomiske tap, og det synes som om dette forholdet ikke har noen betydning for deres standpunkt. I Hörnfeldt²⁶⁸ vurderes heller ikke pensjonens nivå, men dette betyr imidlertid ikke at det ikke skal tas hensyn til hvilke tap foranstaltningen påfører de berørte.²⁶⁹ Hvorvidt det gjelder en nedre grense er vanskelig å vite.

Utover dette tillegger EU-domstolen det stor vekt at arbeidstaker ikke utestenges for godt fra arbeidslivet, jf. Hörnfeldt²⁷⁰ og Rosenblatt,²⁷¹ hvor det i sistnevnte har avgjørende vekt. Implisitt ligger det i dette at arbeidstakerne kan bedre sin økonomiske situasjon gjennom en ny

²⁶⁰ C-411/05

²⁶¹ C-45/09

²⁶² C-141/11

²⁶³ C-141/11

²⁶⁴ C-411/05

²⁶⁵ Avsnitt 73

²⁶⁶ C-45/09

²⁶⁷ C-411/05

²⁶⁸ C-141/11

²⁶⁹ Avsnitt 73

²⁷⁰ C-141/11

²⁷¹ C-45/09

jobb. Selv om det ofte er vanskelig for eldre arbeidstakere å få ny jobb, så vil de i en fremtidig søknadsprosess være beskyttet av aldersdiskrimineringsvernet. Begge hensynene har stor betydning for det resultat Høyesterett kommer til.

Som nevnt knytter det seg flere usikkerhetselementer til det å forsøke å trekke generelle rettssetninger ut av EU-domstolens praksis. Forholdsmessighetsvurderingen gjør at det i all hovedsak vil dreie seg om konkrete skjønnsmessige helhetsvurderinger i den enkelte tilfelle. Imidlertid etter hvert som praksis øker kan konturene av betydningsfulle hensyn tre tydeligere frem, og dermed gis det et større grunnlag for å trekke ut, om ikke faste normer, så generelle sikre utgangspunkter. Etter min oppfatning er det nettopp dette som har skjedd i aldersgrense sakene hvor det synes som EU-domstolen anlegger en lempeligere linje.

I Andersen²⁷² konkluderes det med, til forskjell fra Palacio,²⁷³ Rosenbladt²⁷⁴ og Hörnfeldt²⁷⁵, at lovbestemmelsen *ikke* er hensiktsmessig og nødvendig. Lovregelen tok nemlig ikke hensyn til hvorvidt den diskriminerte faktisk ville benytte seg av sin rett på pensjon eller ønsket å fortsette å jobbe. Dette kunne ikke EU-domstolen godta.

Formålet var - *i motsetning* til de tre ovenfor nevnte sakene - å fremme sysselsettingen *blant de eldre arbeidstakerne*. Mitt poeng er at resultatene i EU sakene må leses i lys av de foreliggende tiltakenes art og ulike formål. Kanskje er det grunnlag for å hevde at tapene de eldre arbeidstakerne påføres i mye større grad kan tas i betraktning når det diskriminerende forhold tar sikte på å fremme *denne gruppens* sysselsetting, enn når det i motsatt fall er de yngre arbeidstakerne som prioriteres. At det i slike tilfeller skal mindre til før misforhold mellom mål og middel konstateres. Etter mitt skjønn kan det, ut fra EU-domstolens praksis være grunnlag for å hevde dette.

Imidlertid observeres for øvrig at Palacio,²⁷⁶ Rosenbladt²⁷⁷ og Hörnfeldt²⁷⁸ dreier seg om aldersgrenser, hvor det for disse gjør seg gjeldende særlige hensyn. Et viktig hensyn er at aldersgrenser er *vidt utbredt* i en rekke europeiske land og har *lenge* vært en del av arbeidsretten.²⁷⁹ Bestemmelsen er ikke bare en regel, men brukes som en arbeidsrettslig mekanisme av

²⁷² C-499/08

²⁷³ C-411/05

²⁷⁴ C-45/09

²⁷⁵ C-141/11

²⁷⁶ C-411/05

²⁷⁷ C-45/09

²⁷⁸ C-141/11

²⁷⁹ Rosenbladt, avsnitt 44

arbeidslivets parter.²⁸⁰ De tilfredsstillere flere forskjellige behov, så vel samfunnsmessige, arbeidsgivers som arbeidstakers behov. For det andre må aldersgrenser reguleres ses i lys av dens samfunnsmessige rolle. Så vidt jeg kan skjønne ble de opprinnelig tatt i bruk av arbeidsmarkedets parter som et politisk virkemiddel i tider preget av svak økonomi og høy arbeidsløshet. Mekanismen bygger på flere hensyn, av blant annet *nasjonal* politisk, økonomisk og sosial art. Det kan derfor anføres at det faktisk er aldersgrensenes særlige karakter som er årsak til den tilsynelatende lempeligere `linjen`, og ikke det i seg selv at formålet er å fremme de yngre arbeidstakerens sysselsetting.

I lys av det som er sagt om det EU-rettslige aldersdiskrimineringsvernets rekkevidde, kan pensjonsutvelgelse etter min vurdering *ikke ubetinget* tillattes. Dette vil innebære et svakere aldersdiskrimineringsvern enn det EU-rettslige. Selv om formålet bak pensjonsutvelgelse er det samme som ved aldersgrenser, så ligger det likevel en vesentlig forskjell mellom dem, som gjør at de premissene EU-domstolen bygger på i aldersgrense sakene ikke er direkte overførbare.

I SAS²⁸¹ bygger Høyesterett direkte på disse premissene, men som nevnt, legges avgjørende vekt på ekstraordinære sosiale forhold hos de yngre arbeidstakerne. Pensjonsutvelgelsen som skjedde der må ses i en større samfunnsmessig rolle. På denne måten forsvares pensjonsutvelgelsen innenfor de rammer som EU-domstolen oppstiller.

Hvorvidt disse rammene tillater pensjonsutvelgelse - tilknyttet en bredere samfunnsmessig rolle, utover den rent bedriftsinterne – *uavhengig av pensjonen størrelse* er usikkert. Etter min vurdering er jeg kommet til at det i så fall må kreves et rimelig nivå på pensjonens størrelse for at den skal la seg forsvare.

Årsaken ligger i de omstendigheter at pensjonsutvelgelse ikke er allment kjent i arbeidslivet. Arbeidstakerne er ikke forberedt. Her er ofte arbeidstakerne forberedt på at det gjelder et tariffavtalt ansiennitetsprinsipp. I både den norske og den svenske saken var dette tilfelle, da kriteriet pensjonsberettigelse innebar et unntak fra ansiennitet. Dermed går de eldre arbeidstakerne fra å ha forventninger om å bli beskyttet i en eventuell nedbemanning, over til faktisk bli en av de som sies opp. Løsningen kommer som en overraskelse og arbeidstaker vil i mindre grad ha planlagt sin pensjon og økonomi i forhold til dette. Når den eldre arbeidstakeren dermed er *godt økonomisk sikret* og det er *særlig viktig* å sikre de yngre arbeidstakerne, så vil den omstendighet at arbeidstaker ikke er forberedt spille mindre rolle. En slik forståelse ligger

²⁸⁰ Rosenbladt, avsnitt 44

²⁸¹ Rt.2011 s. 609

etter mitt skjønn innefor det EU-rettslige aldersdiskrimineringsvernet. Ved ikke å ta i betraktning den eldres pensjonstørrelse vil vernet bli svakere enn det EU-rettslige.

4.3 Avveining og konklusjon.

Det er lovlig forskjellsbehandling å legge vekt på arbeidstakers ansiennitet som begrunnelse for å unnlate å si opp vedkommende. Konklusjonen må videre bli at det som et klart utgangspunkt ikke er tillatt til å la arbeidstakerens høye alder virke som et selvstendig utvalgs-kriterium for å unnlate å si opp vedkommende. Dersom høy alder tillegges vekt av hensyn til en fornuftig alderssammensetning kan det tenkes at forskjellsbehandlingen overfor de yngre arbeidstakerne er lov.

Mangold,²⁸² Palacio,²⁸³ Rosenbladt²⁸⁴ og Hörnfeldt²⁸⁵ taler i mot å betrakte høy alder i seg selv som lovlig utvelgelseskriterium. Gode reelle hensyn trekker i samme retning. Det konkluderes derfor med at det ikke er tillatt å la høy alder tjene som grunnlag for å si opp overtallige arbeidstakere, verken i seg selv eller tilknyttet hensynet til en fornuftig aldersspredning.

Når det gjelder spørsmålet om pensjonsutvelgelse har jeg funnet det vanskelig å innta et kategorisk standpunkt til spørsmålet. For det første foreligger det et spinkelt rettskildemateriale. For det andre er det, konkrete skjønnsmessige helhetsvurderinger som gjelder. Dette vanskeliggjør arbeidet med å trekke ut generelle rettssetninger fra rettspraksis. Rettsavgjørelsene vil nemlig oftest være konkret begrunnet, og således blir det utfordrende å vite hvorvidt domstolene kun har hatt denne konkrete saken for øye, eller hvorvidt de i tillegg har hatt et videre og mer overordnet rettsbilde i tankene. I denne sammenheng kan imidlertid ofte tilfanget av rettspraksis lette arbeidet med å utarbeide mer generelle og sikre retningslinjer for skjønnssutøvelsen.

Dommen fra Høyesterett i *avdeling* var *enstemmig*, og taler i favør av at dommen har en viss betydning når gjeldende rett skal fastlegges. I forbindelse med spørsmålet om diskrimineringsform reserverer Høyesterett seg fra å ta et standpunkt, og dette svekker dommens vekt. Enkelte formuleringer og strukturen i domspremissenes struktur og formuleringer svekker på tilsvarende måte dommens verdi.

²⁸² C-144/04

²⁸³ C-411/05

²⁸⁴ C-45/09

²⁸⁵ C-141/11

Stein Evju betrakter i sin artikkel Høyesteretts analyse av de EU-rettslige spørsmålene som grunn, og proporsjonalitetsvurderingen i vid forstand som knapp i både form og innhold.²⁸⁶

Høyesterett berører ikke hensiktsmessighetsspørsmålet og trekker i retning av at Høyesteretts analyse har vært mangelfull. På den annen side er nødvendighetskravet, i hvert fall i form, fyldigere behandlet. Når det kommer til innhold så trekker Høyesterett inn EU-rettslig domstolspraksis, men *anvender* den ikke nærmere i den konkrete saken. Riktignok viser de til konkret avsnitt i de respektive EU-rettslige sakene, men det at de ikke uttrykkelig viser *hvor*-*dan* den påberopte saken brukes, er et argument for å betrakte dommen som grunn. Når det imidlertid er sagt, så viser det seg at ved å gå Høyesteretts konkrete EU-rettslige henvisninger nærmere i kantene så fremstår bruken av sakene likevel som god.

Det kan spørres om hvilken vekt en svensk rettsavgjørelse fra Arbetsdomstolen har ved fastleggelsen av norsk rett. Den svenske rettsavgjørelsen gjelder samme problemstilling. Imidlertid stiller situasjonene for de to sakene seg helt forskjellige, og får avgjørende betydning for Arbetsdomstolens motsatte resultat. Det er tale om kabinansatte, hvor en vedvarende arbeidsløshet for de yngre arbeidstakerne ikke strekker seg `lengre` enn hva ordinære ulemper i forbindelse med oppsigelser angår. Det foreligger heller ingen samfunnsmessig forhold som gjør de ekstra viktig å ivareta de yngres sysselsettingsbehov, som eksempelvis en nasjonal/global økonomisk krise. Den økonomiske krisen gjelder internt i SAS. Dermed gjør ikke hensynet bak den valgte løsningen seg særlig gjeldende som i den norske pilotsaken. Poenget mitt blir således at den svenske rettsavgjørelsen ikke blir et argument som trekker i motsatt retning av den slutning jeg trekker fra den norske høyesterettsavgjørelsen. Således blir det ikke nødvendig å ta stilling til avgjørelsens betydning. Jeg ser nemlig ikke den svenske rettsavgjørelsen som er hinder for gjeldende norsk rett, men snarer som rettskildemateriale som kan utfylle eller virke som illustrasjonsmateriale for den nærmere fastleggelsen av det norske aldersdiskrimineringsforbudets rekkevidde.

Det konkluderes med at pensjonsutvelgelse som klar hovedregel ikke er lov. For at det skal være tillatt må det foreligge helt spesielle omstendigheter på arbeidsmarkedet som fører med seg en stor risiko for langvarig arbeidsledighet. Kun i slike avgrensede tilfeller er pensjonsutvelgelse lov, forutsatt at de pensjonsberettigede har krav på ikke ubetydelige pensjonsinntekter.

²⁸⁶ Evju (2011) s. 2

5 Saklighetskrav og et likebehandlingskrav? Eller bare ett likebehandlingskrav?

5.1 Innledning.

Oppgaven er skrevet i *skjæringsfeltet* mellom saklighetsnormen i den alminnelige arbeidsretten og likebehandlingsnormen i aldersdiskrimineringsvernet. Drøftelsene i de foregående kapitlene viser store likhetstrekk mellom saklighetskravet og likebehandlingskravet. Siktemålet for dette avsluttende kapittelet er å samle disse likhetstrekkene og på ny bringe de frem i lyset. Sett i lys av disse likhetstrekkene kan det undres om ikke arbeidstakeren blir like godt, om ikke bedre, beskyttet etter diskrimineringsreglene som av arbeidervernlovgivningen i oppsigelsessaker som berører aldersdiskriminering. Hvis så er kasus, kan det i forlengelsen av dette spørres om saklighetskravet i den tradisjonelle arbeidsretten som norm og rettslig standard er i ferd med å sammenfalle med de vurderingselementene som inngår i diskrimineringsvernet, i hvert fall i forhold til alder.

5.2 Likheter og forskjeller.

Det er et grunnleggende prinsipp i arbeidsretten at usaklige oppsigelser er forbudt. *Saklige* oppsigelser kan derimot forsvares. På tilsvarende måte er det grunnleggende i diskrimineringsretten at ikke all diskriminering er forbudt. *Saklig* forskjellsbehandling kan rettferdiggjøres. Poenget mitt nå er at den rettslige *strukturen* i måten å rettferdiggjøre enten det ene eller det andre er like.

For det første kreves det en akseptabel begrunnelse. Det benevnes som ”saklig grunn” eller ”saklig formål”, jf. aml. §§ 15-7 og 13-3, og i rammedirektivets artikkel 6 nr 1 som ”legitimt formål”. Kriteriene er en rettslig standard. Kjernen i denne type reguleringer er at regelen viser til en skjønnsmessig vurderingsmålestokk som ligger utenfor begrepet selv.²⁸⁷ De bestemmende normene kan være av samfunnsmessig, forretningsmessig eller moralsk art.²⁸⁸ Når innholdet utvikles gjennom rettspraksis tales det om en vurderingsnorm.²⁸⁹ Rettsregelen blir dynamisk, med de fordeler og ulemper dette fører med seg. På denne måten henger rettsregelen med i samfunnsutviklingen. På den annen side blir regelen mer uforutsigbar. Det er utfordrende å fastlegge regelens innhold når kriteriene tillegges forskjellig innhold til ulik tid.

²⁸⁷ Jus leksikon (2002) s. 245

²⁸⁸ Store norske leksikon (c)

²⁸⁹ Fougner (2014) s. 108

For det andre er regelsettene strukturelt like ved at det for begge kreves en vurdering av forholdsmessighet. Egnethetsvurderingen under likebehandlingsnormen kreves ikke på tilsvarende måte under saklighetsnormen. Nå gjør forså vidt dette spørsmålet seg heller ikke gjeldende, da oppsigelser naturligvis er egnet for å løse en nedbemanningssituasjon. Når det gjelder nødvendighetsvurderingen har saklighetsnormen i § 15-7 (2) har sin tvilling i likebehandlingsnormens nødvendighetskrav. Arbeidsgivers omplasseringsplikt tilsvare diskrimineringsrettens vurdering av hvorvidt det legitime formålet kunne vært oppnådd med mindre inngripende midler.

Til slutt krever begge reglene at ulemper arbeidstakeren påføres som følge av oppsigelsen eller forskjellsbehandlingen skal trekkes inn i helhetsvurderingen. Det skal i henhold til begge regelsett foretas en konkret interesseavveining. . Lovbestemmelsens krav om interesseavveining, jf. aml. § 15-7 (2) pkt. 2, tilsvare nødvendighetskravets vurdering av hvorvidt forskjellsbehandlingen utgjør et urimelig vidtgående inngrep i de diskriminerte arbeidstakernes interesser, jf. Hörnfeldt²⁹⁰ avsnitt 38. I vurderingen skal det nemlig tas hensyn til så vel de tap forskjellsbehandlingen påføre de diskriminerte som fordelene som oppnås med forskjellsbehandlingen, jf. Hörnfeldt²⁹¹ avsnitt 38. Brede og konkrete interesseavveininger betraktes i dag som et ordinært element i saklighetsvurderingen.²⁹² Dette innebærer et proporsjonalitetskrav i streng forstand; det skal være samsvar mellom de fordeler som oppnås sammenliknet med de ulemper som påføres. Dette innebærer at jo større ulemper arbeidstaker påføres som følge av oppsigelsen eller forskjellsbehandlingen, jo sterkere må begrunnelsen for de nevnte midlene være.

Dette viser at det, i hvert fall strukturelt sett, er samsvar mellom saklighetsnormen og likebehandlingsnormen.

Et grunnleggende formål bak saklighetsnormen er å sikre arbeidstaker *trygge* ansettelsesforhold, jf. aml. § 1-1 (1) bokstav b. Generelt sett kan det sies at bakgrunnen for å trygge ansettelsesforhold er å sikre arbeidstaker mot arbeidsgivers tilbøyelighet til å misbruke sin makt. Misbruk av makt virker vilkårlig, dvs. at handlingen skjer etter eget forgodtbefinnende eller skjer på slump.²⁹³ Det motsatte av vilkårlighet er forutsigbarhet. Generelt sett kan det sies at *fravær av vilkårlighet* er et viktig hensyn for arbeidstaker å føle seg trygg i jobben.

²⁹⁰ C-141/11

²⁹¹ C-141/11

²⁹² Fougner (2014) s. 110

²⁹³ Norsk ordbok (2003) s. 978

Sikkerhet for likebehandling under enhver fase av arbeidsforholdet er grunnleggende viktig for arbeidstaker å føle seg trygg.²⁹⁴ Dette illustreres ved at lovens formålsbestemmelse nevner likebehandling i samme ledd som trygghet.²⁹⁵ Usaklig forskjellsbehandling er én måte arbeidsgiver kan misbruke makten på.

En annen kategori av maktmisbruk viser seg om begrunnelsen for arbeidsgivers oppsigelse er tilknyttet utenforliggende hensyn, dvs. hensyn det ikke er tillatt for arbeidsgiver å ta i betraktning overhodet. Det er et grunnleggende krav om at de forhold som nedbemanningsoppsigelsen hviler på er tilknyttet virksomhetens behov, og ikke arbeidsgivers mulige subjektive motiver. Dette grunnleggende utgangspunktet blir styrende for hvorvidt hensynet er tillatt å ta i betraktning eller ikke. I en nedbemanning betyr dette at i utgangspunktet skal arbeidsgiver foreta valget ut fra det kriteriet som samsvarer best med virksomhetens interesser. Sett i lys av dette blir kvalifikasjon et akseptabelt kriterium, og innebærer at som hovedregel vil bedriften gå fri når dette hensynet har vært avgjørende.²⁹⁶ Hva med når arbeidsgiver velger ut fra ansiennitetshensyn eller særlige menneskelige og sosiale forhold? Dette er interesser som skriver seg fra arbeidstakernes forhold, og er nødvendigvis ikke tilknyttet virksomhetens behov. Alle de nevnte forholdene er, i norsk rett, relevante hensyn i en utvelgelse. Det er tradisjon i norsk rett for å ta i betraktning arbeidstakers ansiennitet. Lang fartstid kan riktignok ha sammenheng med kvalifikasjon, men behøver ikke å ha det. Uansett anses prinsippet som rimelig og rettferdig.²⁹⁷ For menneskelige og sosiale forholds vedkommende ble dette lagt til grunn i Hillesland²⁹⁸ og stadfestet av Høyesterett i SAS (Rt.2011 s. 609), jf. avsnitt 63.

Disse forholdene anses som akseptable ut fra den idé om at ulempene oppsigelsene skaper for en eller flere arbeidstakere oppveies av fordelene for de øvrige.²⁹⁹ Tradisjonelt er de blitt ansett som saklige og relevante som begrunnelse *for å unnlate å gå til oppsigelse*. Med SAS³⁰⁰ legger Høyesterett til grunn at de også er relevante som *begrunnelse for å si opp* vedkommende "... i en utvelgelsesprosess som den foreliggende, hvor arbeidsgiveren må velge mellom ansatte", jf. avsnitt 64. Etter min vurdering betyr dette at vernet mot forskjellsbehandling i diskrimineringsretten i enda større grad smelter sammen med vernet mot andre uakseptable hensyn, og resulterer i at likebehandlingskravet i seg selv klarer i enda større utstrekning å hindre arbeidsgivers tilbøyelighet til å misbruke sin makt ved å la seg motivere av utenforlig-

²⁹⁴ Fougner (2014) s. 114

²⁹⁵ Aml. § 1-1 bokstav b

²⁹⁶ Fanebust (2013) s. 276

²⁹⁷ Fanebust (2013) s. 277

²⁹⁸ Rt.1986 s. 879

²⁹⁹ Fanebust (2013) s. 280

³⁰⁰ Rt.2011 s. 609

gende hensyn. Med andre ord blir det lite igjen av vernet mot vilkårlighet i tradisjonell forstand.³⁰¹ Argumentet om at saklighetsnormens nærmest har ingen selvstendig verdi igjen i oppsigelsessaker som omfatter aldersdiskriminering, gjøres mer tungtveiende.

For å bruke SAS³⁰² som eksempel. SAS hadde i hovedsak latt de eldre pilotenes betydelige pensjonsytelser være styrende for utvelgelsen. Dette forholdet hadde betydelig vekt for Høyesterett konklusjon om at utvelgelsen utgjorde lovlig forskjellsbehandling. Standpunktet innebærer at likebehandlingskravet er oppfylt, men det betyr ikke et automatisk samsvar med saklighetskravet i § 15-7. Det at utvelgelsen innebar lovlig forskjellsbehandling, betyr ikke at domstolene må underkjenne oppsigelsen som usaklig og ugyldig. Det *kan* være samsvar, men det *må ikke* være samsvar. Saklighetsnormen er nemlig et selvstendig krav, og de argumentene som kan anføres om samsvar mellom kravene når oppsigelsen innebærer usaklig forskjellsbehandling gjør seg ikke gjeldende i disse tilfellene. De hensyn oppsigelsen hviler på må dermed fullt ut oppfylle saklighetsnormen i den alminnelige arbeidsretten attpåtil. Dette betyr at oppsigelsen av de eldre oppsagte pilotene kunne bli underkjent som følge av at SAS i utvelgelsen hadde trukket inn ikke akseptable hensyn – så kalte utenforliggende arbeidsrettslige hensyn. Det kan nemlig anføres at sosiale forhold som begrunnelse for å unnlate å gå til oppsigelse anses som akseptable fordi arbeidsgiverskjønnet tilknyttet fellesskapsinteressen. En allmenn og samfunnsmessige interesse som hviler på verdien om å ta vare på mennesker (arbeidstakere) som står i en særlig vanskelig økonomisk situasjon. Dermed blir det ikke usaklig å trekke inn økonomiske hensyn i utvelgelsen. Imidlertid er arbeidstakernes særlige *gunstige* økonomiske posisjon på oppsigelsestidspunktet *noe annet* enn hensynet til arbeidstakerens særlige vanskelig økonomisk situasjon, som eksempelvis forsørgelsesbyrde eller andre individuelle økonomiske forhold. Dermed kan det argumenteres med at fellesskapsinteressen ikke kan strekkes så langt at hensynet til arbeidstakernes gode økonomiske posisjon omfattes. Dermed vil slike økonomiske hensyn anses som utenforliggende, og usaklige, for å opphøre et arbeidsforhold.

Høyesterett synes å lukke denne porten. Førstvoterende gir ingen begrunnelse for det. En mulig forklaring kan være partenes anførsler. Fra arbeidstakersiden er nemlig ikke forholdet anført som grunnlag for å anse oppsigelsen for usaklig, heller ikke forut for behandlingen i tingretten eller lagmannsretten. Fra arbeidsgiversiden blir det bare kort anført at ”Hensyn knyttet til arbeidstakeren kan ikke bare begrunne at oppsigelse ikke gis. Dette kriteriet kan også begrunne utvelgelsen”, jf. avsnitt 44. Vi ser dermed at anførselene samsvarer med domspremisene og Høyesteretts standpunkt i avsnitt 64. En annen mulig forklaring på standpunktet Høy-

³⁰¹ Fougner (2014) s. 115

³⁰² Rt.2011 s. 609

esterett inntar, kan være at standpunktet hviler på den betraktning om at saklighetskravet er erstattet med et krav om rimelighet.³⁰³ Det er med andre ord ikke lenger avgjørende at motivet for utvelgelsen er tilknyttet fellesskapsinteressen i snever forstand (jf. det jeg sa ovenfor). Saklighetsnormen nå beror fullt ut på hva som i det konkrete tilfellet utgjør det rimeligste valget.

Det at Høyesterett synes å lukke denne porten er kanskje slik jeg ser det noe av den problematiske siden ved denne dommen: at det finnes en del problematiske sider i forhold til diskrimineringsvernet som verken drøftes eller begrunnes.

Jeg vil imidlertid fremheve at det gjenstår å analysere og vurdere i hvilken grad elementene i saklighetsnormen dekkes av elementene i likebehandlingsnormen; dekkes de fullt ut, eventuelt i hvilken utstrekning dekkes de? I hvilken grad kan andre regler enn saklighetskravet dekke (mulige) forhold som *ikke* omfattes av aldersdiskrimineringsreglene, og i så fall hvor godt ivaretas arbeidstakers behov gjennom de andre reglene? En slik analyse blir for omfattende til å gå inn på her.

5.3 Konklusjon

Strukturelt sett er saklighetskravet og likebehandlingskravet like. For det andre tar begge krav sikte på å sikre trygge ansettelsesforhold for arbeidstaker. Dette taler for at det er samsvar mellom kravene og trekker i retning av at likebehandlingskravet i oppsigelsessaker om aldersdiskriminering fullt ut ivaretar arbeidstalers behov for trygghet. SAS-dommen trekker videre i retning av at saklighetskravet ikke lenger har noen selvstendig verdi. Ut fra EU-domstolens praksis omkring aldersdiskrimineringsrettslige spørsmål synes det som om elementene i likebehandlingsnormen dekker de samme elementene som gjør seg gjeldende i saklighetsnormen.

Ut av dette konkluderes med at saklighetskravet i oppsigelsessaker med aldersdiskriminering ikke lenger spiller en selvstendig rolle, men overtas av likebehandlingskravet i aldersdiskrimineringsretten.

³⁰³ Fougner (2014) s. 110

6 Litteraturliste.

6.1 Lover.

Grunnloven. *Kongeriket Norges Grunnlov, gitt i riksforsamlingen på Eidsvoll den 17. mai 1814, slik den lyder etter senere endringer, senest stortingsvedtak av 27. mai 2014.*

Arbeidsmiljøloven (2005). *Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr. 62.*

Menneskerettsloven (1999). *Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30.*

Sjømannsloven (1975). *Lov av 30. mai 1975 nr. 18.*

6.2 Lovforarbeider.

NOU 2003:2. *Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet.*

NOU 2004:5. *Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.*

NOU 2009:14. *Et helhetlig diskrimineringsvern.*

NOU 2012:15. *Politikk for likestilling. -Politikk for likestilling*

Ot.prp. nr 41 (1975-1976). *Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø.*

Ot.prp. nr 104 (2002-2003). *Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.*

Ot.prp..nr.49 (2004-2005). *Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.*

St.prp. nr. 11 (2003-2004). *Om samtykke til godkjenning av ei avgjerd i EØS-komiteen om innlemming i EØS-avtala av fellesskapshandlingsprogrammet om motkjemping av diskriminering (2001-2006).*

6.3 Norske dommer.

Rt.1986 s.879. *Hillesland*

Rt.2009 s. 685

Rt.2010 s. 202. *Kystlink*

Rt.2011 s. 609. *SAS*

Rt.2011 s. 964. *Gjensidige*

Rt.2012 s. 219. *Helikopterpiloter*

6.4 EU/EØS rettslige kilder.

EØS-avtalen. *Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde*. Oporto, 2. mai 1992.

Rådsdirektiv 2000/78/EU. *Rådets direktiv 2000/78/EU af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (dansk)*.

6.5 Avgjørelser fra EU-domstolen.

Sak C-144/04. *Werner Mangold mod Rüdiger Helm (Mangold)*.

Sak C-411/05. *Félix Palacios de la Villa mod Cortefiel Servicios SA (Palacio)*.

Sak C-388/07. *The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing (Age Concern) mod Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform (Age Concern)*.

Sak C-341/08. *Domnica Petersen mod Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe (Peter sen)*.

Sak C-499/08. *Ingeniørforeningen i Danmark mod Region Syddanmark (Andersen)*.

Sak C-45/09. *Gisela Rosenblatt mod Oellerking Gebäudereinigungsges (Rosenblatt)*.

Sak C-447/09. *Reinhard Prigge m.fl. mod Deutsche Lufthansa AG (Prigge)*.

Sak C-141/11. *Torsten Hörnfeldt mod Posten Meddelande AB (Hörnfeldt)*.

6.6 Juridisk litteratur.

Boe (2012). Boe, Erik Magnus. *Rettskildelære under debatt*. Oslo, 2012.

Eckhoff (2001). Eckhoff, Torstein ved Jan E. Helgesen. *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo, 2001.

Eckhoff (2014). Eckhoff, Torstein og Eivind smith. *Forvaltningsrett*. 10 utg. Oslo, 2014.

Evju (2010). Evju, Stein. *Arbeidsrett – utvalgte artikler 2001-2010*. Oslo, 2010.

Evju (2011). Evju, Stein. *Aldersdiskriminering, oppsigelse, utvelgelse – Rt.2011 s. 609*. I: Nytt i Privatretten nr. 3 2011. (Sitert fra https://www.cappelendammundervisning.no/undervisning/akademisk/juridiske_fag/article11061.ece/binary/Nytt%20i%20privatretten_2011-3.pdf).

Strand (2007). Strand, Vibeke Blaker. *Vern mot direkte og indirekte diskriminering etter norsk rett – et ensartet vern?* I: Lov og rett. (2007), s. 131-153 (Sitert fra Lovdata).

Jan Fougner...(et al.). *Omstilling og nedbemanning*. 2. utg. Oslo, 2011.

Jan Fougner...(et al.). *Arbeidsmiljøloven – kommentarutgave*. 2. utg. Oslo, 2013.

Fougner (2014). Fougner, Jan. *Avslutning av arbeidsforhold – vilkåret om saklig grunn*. (Sitert fra <http://nordiskjurist.org/>).

Ingeborg Moen Borgerud...(et al.). *Arbeidsrett – særlig om omstilling i offentlig sektor*. Oslo, 2007.

Fanebust (2013)-Fanebust, Arne. *Innføring i arbeidsrett - den individuelle del*. 3. utg. Oslo, 2013.

Storeng (2014). Storeng, Nils H., Tom H. Beck og Arve Due Lund. *Arbeidslivets spilleregler*. 3 utg. Oslo, 2014.

Hellum (2008). Hellum, Anne og Kirsten Ketscher (red.). *Diskriminerings- og likestillingsrett*. Oslo, 2008.

Jon Gisle... (et al.). *Jus leksikon*. 2. utg. Oslo, 2002.

6.7 Nordiske rettskilder.

Diskrimineringslagen (2008). Diskrimineringslag utfärdad den 5. juni 2008
<http://rkrattsdg.gov.se/SFSdoc/08/080567.PDF> (Sisert 19.11.14).

Anställningsskyddslagen (1982). Lag om anställningsskydd av 24. februar 1982
http://www.riksdagen.se/sv/Dokument-Lagar/Lagar/Svenskforfattningssamling/Lag-198280-om-anstallningss_sfs-1982-80/ (sisert 19.11.14).

Svensk Dom nr. 37/11-Mål nr A 110/10. Arbetsdomstolen. 04.05.11.

Dansk sak B-1271-11-Østre Landsret 13. afdeling. 13.06.12.

6.8 Avtaler, rapporter og statistikk.

Norsk Seniorpolitisk Barometer (17.09.14). Ipsos MMI. *Norsk seniorpolitisk barometer: kommentarrapport ledere i arbeidslivet*. Oslo, 17.09.14
<http://seniorpolitikk.no/var/uploaded/SSP-dokumenter/L112014NSPB.pdf> (sisert 07.11.14).

IA - avtalen (2014). *Intensjonsavtale om et mer inkluderende arbeidsliv 4. mars 2014-31. desember 2018*. Oslo, 4.03.14
http://www.regjeringen.no/upload/ASD/Dokumenter/2014/IA_20142018/SIGNERT_IA_avtale.pdf (sisert 7.11.14).

LDO notat. Likestillings- og diskrimineringsombudet. *Aldersdiskriminering i arbeidslivet*.
http://www.ldo.no/globalassets/diverse-pdf/rapporter_analyser/aldersdiskriminering-notat---ekstern-versjon.pdf (sisert 12.11.14).

6.9 Trykte kilder.

Kunnskapsforlaget. *Norsk ordbok*. 1. utg. Oslo, 2003.

6.10 Digitale kilder.

Europa-kommisjonen (2010). Forslag til Europa-Parlamentet og Rådets afgørelse om det europæiske år for aktiv aldring (2012). KOM (2010) 462. Brussel, 6.09.10.

<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2010/DA/1-2010-462-DA-F1-1.Pdf> (siteret 7.11.14).

NRK (2014a). *Rekordmange vil jobbe til de er minst 70 år* (2014)

<http://www.nrk.no/norge/rekordmange-vil-jobbe-til-de-er-minst-70-ar-1.12028079> (siteret 7.11.14).

SSP (2012). *Europas utfordringer og muligheter* (2012)

<http://seniorpolitikk.no/fakta/european-year-2012> (siteret 07.11.14).

NHO Service (2014). *Forventer nedbemanning* (2014)

<http://www.nhoservice.no/article.php?articleID=5269&categoryID=163> (siteret 21.11.14).

Store norske leksikon (a). *Maktfordelingsprinsippet*

<https://snl.no/maktfordelingsprinsippet> (siteret 21.11.14).

Store norske leksikon (b). *Finanskrise*

<https://snl.no/finanskrise> (siteret 21.11.14).

Store norske leksikon (c). *Rettslig standard*

https://snl.no/rettslig_standard (siteret 21.11.14).

Senter for seniorpolitikk (2014). *Jobbjakt for eldre*

<http://seniorpolitikk.no/nyhet/arbeidsliv/rekruttering/jobbjakt-for-eldre> (siteret 21.11.14).

Borch (2013). *Aldersdiskriminering i arbeidslivet er forbudt!*

<http://www.hjort.no/aldersdiskriminering-i-arbeidslivet-er-forbudt#.VGkbo9J0xjo> (siteret 21.11.14).

Dagens næringsliv (2010). *En veldig viktig sak for alle eldre arbeidstakere* (2010)

<http://www.dn.no/nyheter/naringsliv/2010/01/16/-en-veldig-viktig-sak-for-iallei-eldre-arbeidstakere> (sitert 19.11.14).